

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA
7º PROGRAMA DE DOUTORAMENTO

ACESSO EQUITATIVO AO DIREITO E À JUSTIÇA
A Revelação Jurisprudencial de um Direito Fundamental

José Júnior Florentino dos Santos Mendonça

LISBOA – 2013

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA
7º PROGRAMA DE DOUTORAMENTO

ACESSO EQUITATIVO AO DIREITO E À JUSTIÇA
A Revelação Jurisprudencial de um Direito Fundamental

Dissertação apresentada no âmbito do 7º Programa de Doutoramento da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa como requisito para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Área de concentração: Direito Público.

Orientador: Professor Doutor Nuno Piçarra

ACESSO EQUITATIVO AO DIREITO E À JUSTIÇA

A Revelação Jurisprudencial de um Direito Fundamental

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus cujo amor inabalável, desprovido de fronteiras e confissões, permitiu que eu me tornasse o que resolvi ser e não o que o destino pretendia me oferecer.

Agradeço aos meus pais e aos meus irmãos porque me legaram a capacidade de amar e de me sentir indispensável.

Agradeço ao eminente Professor Doutor Nuno Piçarra, não apenas pela honrosa orientação, mas pelo conforto de tê-lo como Mestre.

Agradeço aos diletos Professores do Programa de Doutoramento em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, pela contribuição oferecida à segurança das instituições políticas e jurídicas na defesa, tantas vezes penosa, do Estado de Direito.

Agradeço aos Funcionários da Faculdade de Direito e aos Colegas com quem tive o privilégio de conviver e compartilhar experiências.

ABREVIATURAS

AC - Ação Cautelar

ACO - Ação Cível Originária

ADC - Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI/ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO - Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AgR – Agravo Regimental

AI - Agravo de Instrumento

AO - Ação Originária

AOE - Ação Originária Especial

AR - Ação Rescisória

ARE – Recurso Extraordinário com Agravo

CADH - Convenção Americana de Direitos Humanos

CEDH - Convenção Europeia de Direitos Humanos

CIDH - Corte Interamericana dos Direitos Humanos

ED - Embargos de Declaração

EDv - Embargos de Divergência

Ext - Extradicação

HC - Habeas Corpus

HD - Habeas Data

Inq - Inquérito

MI - Mandado de Injunção

MS - Mandado de Segurança

OACO - Oposição em Ação Civil Originária

Pet - Petição

Rcl - Reclamação

RE - Recurso Extraordinário

RHC - Recurso Ordinário em Habeas Corpus

RHD - Recurso Ordinário em Habeas Data

RMI - Recurso Ordinário em Mandado de Injunção

RMS - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança

RTJ - Revista Trimestral de Jurisprudência

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TEDH - Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

Considerações introdutórias.

1. Na presente dissertação pretende-se abordar o acesso equitativo ao direito e à justiça civil enquanto fenômeno jurídico, revelado, no ocidente, como prerrogativa fundamental, cujo conteúdo e significado são identificados e delimitados no âmbito de uma prática processual desenvolvida segundo uma lógica instrumental que não exclui a possibilidade da ponderação das interferências valorativas recíprocas entre o mundo dos fatos juridicamente relevantes, as estruturas das normas e dos ordenamentos que as congregam, e os espaços nos quais incide.

Ainda que tratado como fundamento normativo do processo de tomada de decisão, ou como axioma informativo da regulação jurídica desprovido do caráter formal das proposições jurídicas, o direito de acesso à justiça tem a sua moldagem condicionada pelos aspectos específicos de cada demanda, e pelas variáveis sociais e econômicas que atuam em cada contexto de incidência, limitando e contingenciando, inclusive, a atuação dos órgãos responsáveis pela prestação da tutela jurisdicional.

2. Pretende-se demonstrar que, a despeito da sua entronização como norma essencial à efetividade dos demais direitos, qualificada pelos atributos da fundamentalidade e da universalidade, e recepcionada pela maioria das Cartas Constitucionais e instrumentos pactícios internacionais e regionais de proteção dos direitos do homem da atualidade, a sua concretização jurisdicional no plano da determinação dos direitos e obrigações de caráter civil não é uniforme.

O problema é enfrentado de modo a evidenciar como no processo de estabilização dos institutos jurídicos do ocidente, a perspectiva tradicional que enfatiza o direito de acesso à justiça enquanto expressão do direito de ser admitido em um tribunal tem suplantado a acepção que o reverencia como direito de acesso a uma ordem jurídica justa.

3. No capítulo inaugural, o discurso é centrado na demonstração do acesso ao direito e à justiça civil como fenômeno jurídico relacionado com a estabilização de uma perspectiva organicista da sociedade, na sua conformação de entidade responsável pela concretização da justiça e proteção dos direitos individuais, e com a evolução dos

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

institutos idealizados para viabilizar aos indivíduos o conhecimento dos seus direitos e dos mecanismos concebidos para efetivá-los.

Destaca-se que o direito de acesso à justiça, na origem, e ao longo da sua evolução, confundiu-se com o direito de recorrer a um tribunal habilitado para solver questões de natureza privada, mediante a aplicação das normas. Na Europa foi modelado a partir da institucionalização de mecanismos racionais de composição de conflitos, da estabilização da jurisprudência como produto da atividade desenvolvida por um corpo técnico especializado em estudar normas jurídicas, e da consolidação de um paradigma racional de administração da justiça.

O modelo liberal de Estado não incorporou mudanças no sentido da democratização do acesso à justiça, ao contrário, serviu para estabilizar a perspectiva arcaica que o encampava como mera garantia formal de admissão ao aparato institucional de tutela dos direitos apenas a quem pudesse suportar as despesas decorrentes da movimentação da máquina judicial.

Patenteia-se que a sagração do Estado do bem-estar social, conquanto tenha confrontado a atividade jurisdicional com catálogos programáticos inseridos em normas constitucionais, emancipando-a como função estatal desempenhada por órgãos, em tese, acessíveis a todos e capacitados para assegurar a distribuição igualitária da justiça, não produziu transformações significativas no padrão de justiça consolidado.

Os novos direitos e as novas demandas que surgiram na esteira das mutações sociais e econômicas tornaram evidentes a problemática da inefetividade da prestação da tutela jurisdicional civil no âmbito nacional, e trouxeram para o espaço discursivo da atuação judicial questionamentos sobre a instrumentalidade e a eficiência do processo, que deflagraram reformas nos sistemas de administração da justiça focadas no reaparelhamento e reestruturação dos órgãos judiciais, na modificação dos ritos processuais, na valorização das vias não oficiais de composição dos conflitos, e no recurso à virtualização dos procedimentos como mecanismos aptos para conferir celeridade e eficácia à atividade jurisdicional.

Defende-se que, no domínio do direito internacional, a normatização jurídica do acesso ao direito e à justiça foi submetida a um processo de consolidação concretizado pela sua positivação em declarações ou proclamações de princípios inseridas em

instrumentos pactícios internacionais, pela qualificação dos enunciados que o incorporam como preceitos vinculativos, e pela instituição de sistemas internacionais e regionais de controle jurisdicional capacitados para aferirem a efetivação dos direitos no âmbito nacional e supranacional.

4. No segundo capítulo, a questão da acessibilidade ao direito e à justiça é enfrentada com base numa perspectiva teórica, o debate é centrado nas formas de revelação do seu conteúdo normativo nos sistemas jurídicos do ocidente.

Afirma-se que o acesso ao direito e à justiça, embora historicamente limitado em todas as suas formas de expressão normativa, nos sistemas democráticos contemporâneos, mesmo quando não normatizado expressamente, atua como aspiração comum, valor essencial que guia e serve de referencial às formas de pensar e de agir, invariante axiológica que determina a essência da atividade estatal de distribuição da justiça e máxima que orienta todo ordenamento jurídico e respalda, em abstrato, o direito de acesso a uma ordem jurídica justa.

Posicionado nesse nível, também é revelado como princípio jurídico dotado de eficácia autônoma e desvinculada de qualquer norma planeada para garantir a sua efetividade, que informa e confere consistência ao sistema jurídico e norteia a prestação da tutela jurisdicional dos direitos enquanto atividade desenvolvida com a finalidade de pacificar a sociedade.

Por outro lado, quando evidenciado como espécie normativa, a sua qualificação como princípio ou como regra resulta de construção hermenêutica desenvolvida a partir de conexões axiológicas não integradas aos conteúdos normativos, mas sublimadas pelo intérprete/aplicador a fim de esboçá-lo como enunciado que fixa deveres de otimização passíveis de serem aplicados em várias gradações conforme as possibilidades normativas e fáticas, ou estabelece obrigações absolutas que se sobrepõem aos comandos inseridos em outras normas.

Demonstra-se que, independente da categoria normativa na qual seja posicionado, em sendo incorporado a um catálogo de direitos humanos, se materializa como garantia da efetivação dos demais direitos consagrados e prerrogativa de todos os indivíduos, ou de determinadas categorias de indivíduos, cuja tutela, de regra, pode ser demandada em qualquer tempo ou lugar.

No ocidente, ingressa nas ordens jurídicas nacionais com a natureza de garantia e princípio processual atrelado à ideia de processo equitativo enquanto instrumento capaz de produzir decisões rápidas e eficientes, cuja realização é atada ao esforço oficial para executar prestações positivas com o objetivo de responder, de forma satisfatória e em tempo razoável, às postulações formuladas perante os órgãos responsáveis pela prestação da tutela jurisdicional.

Revela-se que a sua entronização como direito dotado de fundamentalidade, para a jurisprudência dominante, não o qualifica como direito absoluto, nem constitui fator capaz de desobstruir as barreiras que bloqueiam o acesso à justiça.

5. No terceiro capítulo, o acesso ao direito e à justiça é tratado como problema teórico no âmbito da administração da Justiça relacionado com o processo de interpretação/aplicação normativa realizado pelos órgãos jurisdicionais.

Sustenta-se que a fixação da moldura, conteúdo e significado do direito de acesso à justiça tem se firmado como função atrelada ao exercício da atividade jurisdicional, em virtude do que, aos Tribunais nacionais incumbe, quando confrontados com situações litigiosas, estabelecerem quais os sentidos e as extensões dos comandos normativos aplicáveis, função que, no plano internacional e comunitário, é confiada às Cortes Supranacionais, instituídas como órgãos responsáveis pela interpretação e aplicação dos tratados e demais diplomas internacionais e comunitários, e pela delimitação do teor dos direitos neles consagrados, em consonância com as pautas políticas respaldadas nos textos pactícios.

O texto que o positiva constitui mero ponto de partida, ou dado de entrada, no processo de concretização desenvolvido pelo intérprete/aplicador, no qual, mediante o exame do conteúdo positivado, manejando técnicas hermenêuticas e outras estratégias aplicáveis sem vinculação direta com a situação fática, fornece ao enunciado um contorno normativo passível de aplicação.

Moldado nesses termos, para além de não se aperfeiçoar imune às mudanças das concepções jurídicas e às contingências resultantes das tensões entre os órgãos de poder e as normas legalmente positivadas, é afetado pelos influxos resultantes da atuação das instâncias não oficiais que funcionam como espaços não institucionalizados de revalidação do direito e de distribuição da justiça.

Demonstra-se que as construções jurisprudenciais que delimitam o sentido e o conteúdo do direito de acesso à justiça no âmbito do Tribunal Constitucional Português, da Corte Constitucional Brasileira, do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e da Corte Interamericana dos Direitos Humanos, lhe atribuem caráter relativo legitimando os obstáculos ao seu exercício.

6. Nos capítulos quarto, quinto e sexto, o fenômeno do acesso ao direito e à justiça é trabalhado como problema prático no processo de estabilização do Estado nacional contemporâneo.

Destaca-se que, a despeito de revelar-se, no ocidente, como direito dotado de fundamentalidade relacionado com a consagração de uma filosofia fundada na consecução da igualdade e na promessa de assegurar a cada cidadão o pleno conhecimento dos seus direitos e a efetiva concretização das vantagens deles resultantes, o acesso à justiça é limitado pelas condicionantes sociais, jurídicas, políticas e econômicas que operam nos ordenamentos onde é normatizado.

No cenário supranacional, a sua efetividade tem a ver com o *status jurídico* conferido às normas internacionais e regionais no plano interno dos Estados, com a possibilidade de responsabilizá-los e impor-lhes sanções pelo descumprimento de obrigações assumidas perante a comunidade internacional, e com a disponibilização de vias de acesso individual aos órgãos competentes para prestarem, no âmbito externo, a tutela jurisdicional dos direitos.

Frisa-se, contudo, que, também no plano externo, a concretização do acesso ao direito e à justiça é limitada em razão da margem de discricionariedade permitida aos Estados para elegerem os meios para o cumprimento das obrigações assumidas no plano internacional, e da sua qualificação como direito não absoluto, ainda que consagrado como prerrogativa fundamental que congregue os direitos à informação, à proteção jurídica e à tutela jurisdicional individual e socialmente eficaz.

O direito de acesso à justiça é contextualizado como garantia de um processo equitativo, qualificado como instrumento técnico de aplicação do direito e principal via de condução à ordem jurídica justa pela atuação criadora do intérprete/aplicador das normas.

Informado por essa premissa, o discurso é direcionado à identificação dos fatores que têm sido apontados como obstáculos à acessibilidade ao direito e à justiça nas ordens jurídicas domésticas do ocidente, e das medidas concebidas com o objetivo de superá-los.

7. Nos capítulos sétimo e oitavo a abordagem é focada no acesso ao direito e à justiça supranacional como alternativa à ineficiência dos mecanismos nacionais de tutela dos direitos e instância competente para viabilizar a reparação ou compensação dos danos dela resultantes.

Ressalta-se que a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e a Convenção Americana dos Direitos Humanos contemplam o direito de acesso aos tribunais como prerrogativa que se concretiza por intermédio de um processo equitativo, da garantia do contraditório, da publicidade, da imparcialidade e independência, da proteção jurídica eficiente, da duração razoável do processo e do duplo grau de jurisdição.

Conquanto revelado como direito de provocar a tutela jurisdicional de uma Corte Supranacional, segundo os padrões de justiça chancelados nas normas de direito internacional ou comunitário, não incorpora natureza absoluta e o seu exercício também é submetido a limitações.

8. O texto não viabiliza conclusões fechadas e não deve ser interpretado como produto final de reflexões teóricas. Ao contrário, sua finalidade é esboçar novas perspectivas e meditações sobre a problemática da acessibilidade ao direito e à justiça, de modo a permitir a conclusão de que a sua concretização é simbólica num mundo onde a ‘supercomplexidade’ socioeconômica é diuturnamente confrontada com a ausência de autonomia operacional dos sistemas jurídicos, e a forte contradição entre direito e realidade é constantemente reatualizada para justificar a falta de uniformidade das concepções que operam no processo de interpretação/aplicação das normas.

1. Acesso ao direito e à justiça civil como fenômeno sociojurídico em contínua construção.

1. Enquanto discurso científico, o debate sobre o acesso ao direito e à justiça, na sua conformação de acesso à tutela estatal dos direitos e à ordem jurídica justa, debutou no âmbito doutrinário e jurisprudencial juntamente com o movimento de descoberta e revelação dos direitos fundamentais, incorporando o exame de como ao longo da evolução dos institutos jurídicos viabilizou-se o acesso dos indivíduos ao conhecimento do conteúdo desses direitos e dos instrumentos idealizados para efetivá-los, e de como tal aparato foi colocado à disposição dos seus destinatários para possibilitar a composição dos conflitos e a satisfação da ideia de justiça que os norteia¹.

1.1. Nos primórdios das sociedades.

2. Na antiguidade, o caráter religioso das fontes do direito e dos instrumentos de composição dos litígios impedia o tratamento do acesso ao direito e da tutela jurisdicional na forma como concebidos na atualidade.

Nas origens dos agrupamentos societários, o direito não era do conhecimento público, não se falava no direito de ação como via de acesso a órgãos habilitados a julgarem os litígios conforme um sistema de normas, nem existiam instituições democráticas postas à disposição dos indivíduos para a composição dos seus conflitos. Incumbia aos Sacerdotes, e numa fase mais aperfeiçoada, aos Conselhos de Anciãos das comunidades, decidirem os litígios com base em suas próprias convicções.

A justiça confundia-se com a sentença proferida pelos sacerdotes ou chefes, e o acesso aos mecanismos de composição das contendas era vinculado, de rega, à

¹Para uma análise mais desenvolvida sobre a evolução história das instituições judiciárias, ver: ARAGÃO, Selma Regina. *Do mundo antigo no Brasil de todos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001; BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de estado institucional*. São Paulo: Malheiros, 2004; GILISSEN, J. *Introdução histórica ao direito*. Trad. Antônio Manuel Hespánha e Manuel Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995; HESPANHA, António Manoel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Lisboa: Publicação Europa-América, 1997; LIMA, J. B. de S. *As mais antigas normas de direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1983; CINTRA, G. de Ulhoa. *História da organização judiciária e do processo civil: da antiguidade à época moderna*. V. 1. Rio de Janeiro/São Paulo: Ed. Jurídica e Universitária, 1970.

acessibilidade à religião predominante e ao fato de o interessado não pertencer à categoria dos escravos ou estrangeiros².

A despeito do caráter preponderantemente privado das vias de solução dos conflitos, do exame de alguns textos normativos da antiguidade é possível destacar disposições que revelam a tentativa de sistematização de fórmulas de acessibilidade ao direito e a órgãos idealizados para administração da justiça civil, de modo a evidenciar certa preocupação com a estruturação de meios capazes de facilitar o acesso dos indivíduos a mecanismos e rituais de composição de litígios e tutela dos seus direitos.

3. O Código de Hamurabi, considerado uma das primeiras compilações orgânicas de textos e decisões normativas orientadas para a disciplina das condutas e relacionamentos sociais, já congregava um sistema rudimentar de administração da justiça integrado por mecanismos de composição das contendas resultantes de eventuais violações de interesses privados, efetivados por uma estrutura judiciária, em tese emancipada, encabeçada pelo Rei, que assumia o papel de juiz supremo eleito pelas divindades para glorificar o direito e impedir a opressão dos mais fragilizados, cujas decisões suplantavam as proferidas pelos anciãos e autoridades eclesiásticas³.

Embora não tenha recepcionado, especificamente, o acesso ao direito e à justiça como norma, o Código incorporava, de forma genérica, o direito à informação⁴ e a garantia de proteção ao hipossuficiente como obrigação natural do Rei⁵, e atribuía ao

² No período mais remoto das civilizações, o direito materializava-se como emanção de um poder divino. O recurso à exaltação do sentimento religioso para justificar a regulamentação das condutas conduzia ao convencimento de que as regras jurídicas eram mandamentos dos deuses. (Cf.: MATOS PEIXOTO, José Carlos. *Curso de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Haddad, 1955).

³ Almicare CARLETTI destaca que a sociedade babilônica do tempo em que foi promulgada a lei constituía um Estado feudal e estava dividida em três classes, a dos homens livres que detinham a posse plena de todos os direitos civis e políticos (*amelu*), integrada por funcionários, escribas, sacerdotes, profissionais independentes, comerciantes, camponeses e grande parte dos soldados; a classe intermédia a qual pertenciam os pequenos arrendatários, os soldados simples, os pastores e os escravos libertos; e a classe dos escravos, cuja sorte dependia de seus senhores, embora Hamurabi houvesse promulgado uma lei para defesa de seus direitos, inclusive, limitando o tempo de serviço para aqueles que, por dívida, trabalhavam em estado de escravidão. (In: *Brocardos Jurídicos*. São Paulo: LEUD, v. 3, 1986).

⁴ Col. XLVIII, 10: “O aflito, o agitado por uma preocupação, deve andar diante da minha imagem de rei da justiça, ler a minha inscrição, entender minhas preciosas palavras e a minha inscrição esclarecer-lhe-á seu negócio; ele verá seu direito; seu coração se tornará alegre” (Tradução livre).

⁵ Col. XLVII, 60: “Eu levantei sua cabeça em Babilônia, cidade de Anum e de Bel, a fim de que o forte não oprima o fraco, para proteger os órfãos e as viúvas, para declarar o direito da pátria, para decidir controvérsias, para lavar as culpas eu escrevi as minhas preciosas palavras em Saggil, sobre o meu monumento de pedra junto à minha imagem de rei da justiça” (Tradução Livre).

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

juiz profissional o dever de agir com imparcialidade⁶, assegurar a observância das garantias processuais e conferir à interpretação do direito um sentido que privilegiasse o elemento político laico no qual as normas civis prevalecessem sobre as penais.

4. Outro diploma da antiguidade que merece referência é o Código de Gortina. Definido como conjunto de Éditos de caráter normativo revelador do alto nível de aprimoramento das concepções helênicas, embora incompleto e desordenado, incorporou peculiaridades que o colocaram à frente do próprio sistema de normas que vigorou no período áureo de Atenas⁷.

No sistema ateniense, apesar de o acesso a direitos subjetivos ter sido restrito aos cidadãos que integrassem a *polis*, categoria na qual eram posicionados os homens maiores, livres e habilitados a manejar as armas para a defesa dos interesses comuns, a Codificação de Gortina reconhecia a mulher como titular de direitos patrimoniais que lhe conferiam poder para manifestar vontade capaz de produzir efeitos jurídicos, inclusive, no que tange ao consentimento para convolar núpcias.

Ainda segundo as suas normas, o poder judicial era exercido pela alta autoridade política (o *cosmo*) ou por juízes por ele nomeados, mas assegurava-se às partes a prerrogativa de remeter a lide a um árbitro. Os não cidadãos, mesmo quando ligados a *polis* por laços de sangue, só dispunham do direito de produzir defesa indireta, sem, contudo, terem capacidade para titularizarem direitos subjetivos como o direito de agir.

5. É também possível destacar do Código de Manu alguns regramentos que revelam a preocupação com as vias de acessibilidade ao direito e à justiça. Concebido como criação divina, esse Diploma figura entre os mais profícuos ordenamentos da antiguidade por incorporar normas de direito substancial, processual e de organização judiciária de alta complexidade.

Conforme disciplina nele estabelecida, a justiça era administrada em nome do Rei pelos Brâmanes por ele designados (Livros VIII e IX), aos quais incumbia no exercício do poder jurisdicional, para alcançar a verdade, considerar atentamente o

⁶ Col. VI, §5. “Se um juiz julgou uma causa, deu uma sentença e mandou exarar um documento selado e depois alterou o seu julgamento: comprovarão contra esse juiz a alteração do julgamento feito e ele pagará até doze vezes a quantia que estava em questão nesse processo; além disso, fá-lo-ão levantar-se de seu trono de juiz na assembleia e não tornará a sentar-se com os juízes em um processo” (Tradução livre).

⁷ Como adverte John GILISSEN: “não há propriamente que falar de direito grego, mas de uma multidão de direitos gregos, porque, com exceção do curto período de Alexandre, o Grande, não houve nunca unidade política e jurídica na Grécia Antiga” (In: *Introdução histórica ao direito*. Tradução de Antonio Manuel Espanha e Manuel Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 73).

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

objeto da controvérsia, as condições pessoais dos litigantes e testemunhas, as particularidades do lugar, do modo e do tempo em que os fatos ocorreram, e seguir rigorosamente as regras processuais.

Apesar da ausência de tratamento específico quanto à titularidade do direito de agir, o Código incorporava expressa previsão do prazo prescricional de dez anos para o seu exercício (Dístico 147), e ressaltava a imprescritibilidade dos direitos sobre bens do rei, dos menores e dos teólogos.

6. A revelação dessas formas de regulação da acessibilidade ao direito e à justiça, não autoriza cancelá-las como resultado de uma construção doutrinária especializada. Estágio que somente foi alcançado com a estabilização do pensamento helênico focado no cidadão enquanto destinatário privilegiado no debate sobre o direito e a justiça.

Nas cidades-estados gregas conheceu-se ao tempo da democracia direta uma atividade judicante desenvolvida pelos próprios cidadãos reunidos em assembleias, restando aos magistrados atribuições meramente executivas voltadas para a imposição do cumprimento das decisões adotadas.

O acesso à justiça era amplo e quase irrestrito aos cidadãos, classe que representava uma parcela pequena da população. Data desse período o primeiro movimento de prestação de assistência jurídica aos pobres que se tem conhecimento, aperfeiçoado mediante a nomeação anual de dez advogados para patrocinarem àqueles considerados carentes⁸.

Embora não seja possível atribuir aos gregos a criação dos conceitos e princípios que informam o direito desde tempos imemoriais, deve-se à civilização helênica a tomada de posição crítica sobre as fontes do direito a partir da especulação filosófica⁹ que o libertou do envolvimento com o culto aos profetas e da pregação mística dos sacerdotes.

Foram eles os precursores das reflexões sobre a essência do Direito enquanto ordem ética, e os responsáveis pelo tratamento das normas como ordens que obrigam o homem a um agir justo.

⁸ PAROSKI, Mauro Vasni. *Direitos Fundamentais e Acesso à Justiça na Constituição*. São Paulo: LTr, 2008.

⁹ Na Grécia, desde cedo, a organização social e o direito foram posicionados como objeto de discussão (Cf.: VERNAN, Jean-Pierre. *As origens do pensamento grego*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1994).

Hesíodo introduziu o termo *nomos* para expressar a ideia de uma ordem universal seccionada em ordem dos irracionais e ordem dos racionais, na qual inseriu o homem como ser investido na obrigação de não praticar atos violentos e no dever de pautar a sua conduta no Direito. Para ele, o cidadão, ao levar para um juiz o conhecimento dos seus litígios postulando a tutela de um interesse legítimo, demonstrava ter consciência dos seus direitos e estar capacitado para discernir e se impor diante de uma ação antijurídica. O poder que o habilitava a guiar seu comportamento conforme a justiça concretizava-se como expressão do que denominava *Dike*.

Pitágoras explicou a justiça a partir da teoria da harmonia e do equilíbrio universal concebendo-a como relação aritmética de igualdade entre dois termos, de modo a que toda injustiça merecesse imediata reparação. Heráclito professou que o Direito devia ser investigado, explanado e interpretado por intermédio de um processo dinâmico que servisse para evidenciar o direito natural como fundamento do direito positivo, e para justificar as variações do ordenamento posto e o lado movediço dos costumes e das instituições¹⁰.

7. Com os sofistas consolidou-se a valorização da retórica enquanto fórmula de exposição das críticas sobre as injustiças e desigualdades entre os cidadãos, de insurgência contra ‘as coisas da religião’ e de descrença nos valores e na origem divina das leis.

O discurso a propósito do direito natural alicerçado no conceito de justiça conforme a natureza possibilitou o debate centrado nas questões do espírito humano e dos problemas éticos e sociais, além de tornar evidente que o princípio democrático fundado na ideia de vontade da maioria, reformula e revoga, com base em meras conveniências, as normas que o costume, a religião e a tradição visualizam como fruto do tempo.

Protágoras, Górgias e Trasímaco posicionaram o homem como medida de todas as coisas vinculando a ordem cognoscitiva ao relativismo das sensações e opiniões

¹⁰ Fábio K. COMPARATO sustenta que nesse período coexistiram, sem qualquer interação, cinco dos maiores filósofos de todos os tempos: Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Confúcio na China, Pitágoras na Grécia e o Dêutero-Isaias em Israel, todos defensores de visões do mundo não submissas às explicações mitológicas da vida, que serviram de ponto de partida histórico para a concepção do homem enquanto ser dotado de igualdade essencial (In: *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999).

pessoais. Para eles, as leis, escritas ou não, expressavam sempre o *ethos* social e político dominante, absorviam as tradições, os usos, os costumes e o arbítrio dos governantes, e incorporavam a vontade da maioria ocasional dos integrantes da sociedade.

O debate proposto por Sócrates focalizou a crise do Direito e do Estado na busca da substância conceitual dos predicados do justo, do bem e do bom a partir da afirmação da superioridade da *polis*, cujas decisões deveriam ser cumpridas, ainda que injustas, para que a desobediência não servisse de pretexto à violação das leis boas e justas, e de ameaça à certeza no Direito enquanto alicerce da sociedade política.

A perspectiva organicista de Estado, apadrinhada por Aristóteles¹¹, que serviu para identificar entre as funções estatais a proteção dos direitos individuais, foi transmitida, em termos, ao Império Romano¹².

8. No sistema romano a ideia de direito só fazia sentido se relacionada a uma pessoa. Para que o homem fosse considerado sujeito de direitos devia ser livre, *status* exclusivo dos titulares do direito de ação. O *jus gentium* não reconhecia direito aos

¹¹ Na perspectiva de Paulo Cezar Pinheiro CARNEIRO, foi Aristóteles “o formulador do que hoje entendemos por teoria da justiça. Influenciado pelo pensamento pitagórico no que se refere aos pesos, às medidas de igualdade e proporcionalidade, situou a questão da proporcionalidade não do ponto de vista estritamente aritmético, matemático, mas da igualdade de razões. Foi Aristóteles quem primeiro falou sobre a possibilidade de o juiz adaptar a lei à situação concreta. A régua de Lesbos, que, por ser de chumbo, possuía flexibilidade suficiente para se adaptar à forma de pedra, foi a imagem precisa de equidade. Assim o juiz também deveria proceder relativamente aos casos levados ao seu conhecimento, adaptando a lei” (In: *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública. Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.7). Sobre o assunto ver também: NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. Para uma análise histórica da filosofia do direito, conferir: KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, W. e KAUFMANN, A. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

¹² A história do direito romano pode ser desenvolvida sob duas perspectivas, uma abrangente, encampando o conjunto das normas, chamada história externa ou *historia jûris*, outra enfocando seus institutos, denominada história interna ou *antiquitatis juris*. A principal fonte de estudo do direito romano privado é o *Corpus juris civilis* composto pela coleção de instituições imperiais, a que se chamou Código Justiniano, publicado em 529; pelo conjunto de obras dos jurisconsultos, publicada em 533 sob o nome de *Digesta S. Pandectae*; e as *Institutiones (Instituta, Elementa, Isagoge)* que eram divididas em quatro livros subdivididos em títulos: o *Digesta (Pandecta ou Codex Enucleati Juris)* composto por cinquenta livros divididos segundo a matéria; e o *Codex* ou Código Justinianeus integrado por doze livros subdivididos em constituições arranjadas cronologicamente que tratavam tanto do direito privado como do direito público e eclesiástico. (Sobre o tema: SILVA, Luís Antônio Vieira da. *História Interna do Direito Romano Privado até Justiniano*. Brasília: Senado Federal, 2008; BRETON, Mario. *História do Direito Romano*. Tradução de Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Estampa, 1990; ARAÚJO, Fernando. Actualidades dos Estudos Romanísticos. In: *Estudos de Direito Romano*. Lisboa: AAFDL, v. 1, pp. 13-80, 1991; BARBAS-HOMEM, Pedro. *Ius e Lex*. In: *Estudos de Direito Romano*. Lisboa: AAFDL, v. 1, pp. 217-274, 1991; BANNOND, Isabel. *Do Ius Civile*. In: *Estudos de Direito Romano*. Lisboa: AAFDL, v. 1, pp. 275-364, 1991; KASER, Max. *Roman Private Law*. A translation by Rolf Dannenbring. London: Butterworths, 1968; ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1999; e, SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007).

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

escravos e peregrinos, a liberdade era considerada a primeira condição em direito, quem não a possuía não podia ter *status* algum. Por consubstanciar emanção do direito natural, para produzir efeitos jurídicos devia ser reconhecida pelo Estado.

Para titularizar direitos, o homem, além de ser livre, devia gozar do *status* de cidadão adquirido por nascimento, concessão ou manumissão. Da *civitas romana* resultavam direitos políticos e civis, a princípio, todo não civil era incapaz de direitos, mas permitia-se, excepcionalmente, que alguns, quando livres, fossem capazes de direitos em geral, desde que mantida a distinção entre o *jus civile*, próprio do *jus civium romanorum*, e o *jus gentium* deferido aos não civis.

O acesso à justiça confundia-se com a possibilidade de manejar o direito de ação, que podia ter por objeto não só questões de natureza patrimonial, mas postulações em defesa da liberdade do acionante¹³. O direito de estar perante um tribunal ou de ter a causa processada perante um juiz era limitado e, de regra, restringia-se a questões fundadas no direito privado¹⁴.

Para os romanos, a percepção do significado da *actio* era vinculada ao conceito de *jus* (direito subjetivo) porque representava apenas o meio de exercitar os direitos¹⁵. Não existia um conceito específico de ação, havia, em verdade, um sistema de ações típicas no qual o exercício de cada uma correspondia à pretensão de determinado direito.

O sistema processual civil romano comportou três fases procedimentais com intervalos de coexistência comum, o período das *legis actiones* (ações da lei), utilizado

¹³ No direito romano a *actio* e os *interdicta* figuravam como institutos básicos de proteção e defesa dos direitos capazes de serem invocados perante os magistrados, no entanto, para a doutrina mais tradicional, somente “o processo da *actio*, que se desenvolvia através do procedimento do *ordo judiciorum privatorum*, possuía natureza jurisdicional” (BAPTISTA, Ovídio Araújo da Silva. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 17).

¹⁴ O cidadão que titularizava direitos e deveres em razão do seu *status*, inclusive no que respeita ao acesso a um julgamento oficial, devia comparecer perante o magistrado (Pretor) competente para formular a regra a ser aplicada na composição do conflito e indicar o árbitro para julgar a lide. Numa fase mais avançada o Pretor assume as funções do árbitro e passa a exercer o poder estatal de aplicar o direito e submeter os cidadãos às suas decisões.

¹⁵ Etimologicamente, o vocábulo *actio*, substantivo latino, derivou do adjetivo participial *actus*, que se originou do verbo *agere*, indicativo, primordialmente, de uma ideia de movimento, compreendia desde atos físicos como empurrar, conduzir ou caçar (animais), e atos propriamente intelectuais, como o exercício da fala pelos atores teatrais ou pelos oradores, estes, principalmente, demandando ou defendendo teses. Decorreu dessa última concepção a vinculação do termo *actio* no mundo jurídico à utilização de expressões solenes seguidas de gestos e rituais perante o Juiz, bem como ao uso da coação física contra o adversário, tanto no período primitivo da justiça privada, como no estágio imediatamente posterior, quando era permitida a condução forçada do devedor perante um órgão julgador, significação da qual resultou a construção do termo *auctor* para qualificar aquele que leva o outro interessado a Juízo.

desde a época pré-clássica ou antiga, iniciada com a fundação de Roma (cerca de 750 a.C.) até o advento da *Lex Abulia* (por volta de 149 a 126 a.C.); a fase das *per formulas* (conhecido como período formulário ou das fórmulas) que vigorou na idade clássica e teve termo, justamente, no reinado de Diocleciano em 305 d.C.; e o período da *cognitio extraordinária* (era da cognição extraordinária ou fora do processo ordinário) que vigorou no pós-clássico ou tempo romano-helênico e finalizou com o reinado de Justiniano (entre 527 a 565 d.C.)¹⁶.

¹⁶ Segundo Gaio, as *legis actiones* eram cinco, três declaratórias e duas executivas (*Insts.* 4, 11/29), todas consideradas perpétuas por não terem prazo para seu exercício. As ações *declaratórias* se subdividiam em *actio sacramento* (ação por aposta sagrada/sob juramento), *actio per iudicis postulationem* (para o pedido de um Juiz/um árbitro), e *actio per condictionem* (ação para fins de fixar um dia para comparecimento em Juízo). A *actio sacramento* era uma ação abstrata, utilizada quando a lei exigia para o caso ação especial, e nas situações em que não havia necessidade de esclarecer o fundamento da causa. Ao optarem por esta via, as partes prometiam, mediante juramento, pagar ao tesouro público uma soma em dinheiro (entre 50 e 500 asses), exigida de quem perdesse a ação. Podia materializar-se como ação real (*in rem*), quando tinha por objeto uma coisa ou uma pessoa *alieni juris* (um escravo ou um *filius familias*), tratando-se de coisa móvel era necessário transportá-la à presença do Magistrado, em sendo coisa imóvel bastava apresentar mero fragmento do bem. Reivindicante e reivindicado tocavam com uma varinha (*festuca, vindicta*) na coisa (ou na pessoa *alieni juris*), afirmando a sua propriedade, o Magistrado mandava-lhes deixá-la livre, e cada parte prometia solenemente pagar o *sacramentum*, se vencida. Por disposição da Lei Pinária (do início da República), no prazo de trinta dias as partes deviam comparecer perante o Magistrado, o qual deferia a posse provisória a quem já detivesse o bem, se fornecesse fiador (*praedes*), sob pena de ser deferida à outra parte, contudo, se o réu confessasse sua culpa, o próprio Magistrado adjudicava o bem ao autor, caso contrário, analisava as circunstâncias e fixava o objeto do litígio (*litis contestatio*) e escolhia o *judex*, a cuja presença as partes tinham de comparecer dentro de três dias, a fim de que decidisse com base nas provas produzidas. O litígio era decidido indiretamente, o vencido perdia a quantia que depositara em favor do erário público, enquanto o vencedor retomava a propriedade do bem reivindicado. A *actio sacramento in personam* (pessoal) visava à cobrança de dívidas em dinheiro e tinha um procedimento semelhante ao aplicado na ação real, nela, uma parte afirmava ser titular de um crédito e a outra negava o débito que lhe havia sido imputado, uma vez que a confissão da dívida autorizava ao Magistrado permitir a apreensão corporal do devedor, a menos que pagasse. A *actio per iudicis postulationem* consistia em ação concreta e especial na qual o autor devia apresentar o fundamento de sua pretensão de acordo com as hipóteses previstas em lei, a este grupo pertenciam as ações de divisão de herança (*actio familiae erciscundae*) ou de bens comuns (*actio communi dividendo*) e a ação de cobrança de crédito decorrente de uma promessa, em cujo rito não se infligia sanção ao vencido no processo, o *judex* era indicado pelo Magistrado desde logo, dispensando as partes de retornarem dentro de trinta dias. A última ação declaratória, a *per condictionem*, foi instituída pela Lei Sília (250 d.C.) para a cobrança de crédito em dinheiro (*certa pecúnia*), e com as alterações determinadas na Lei Calpúrnica passou a servir para a cobrança qualquer outra dívida (*de omni re certa*), podendo, inclusive, ser manejada, alternativamente, para questões passíveis de serem demandadas por intermédio das outras duas modalidades de ações, em razão da adequação procedimental e da possibilidade de revelar-se como via mais favorável ao litigante vencedor, uma vez que o montante em dinheiro prometido em juramento revertia em seu benefício, e não em prol do fisco. Tratava-se de ação abstrata devido à desnecessidade de indicação do fundamento da cobrança, em que o prazo de trinta dias era ditado pelo credor, perante o Magistrado, para que o devedor que negasse a dívida comparecesse diante do Juiz (daí o nome dado ao procedimento, o termo *condictio* tinha o significado de designação de um dia para determinado fim). Embora irrecorríveis, as sentenças proferidas nas ações declaratórias, em virtude do fato de o *judex* não deter o *imperium*, eram executadas mediante o manejo de ações *executórias*, a *manus injectio* (apreensão pela mão/apreensão corporal), e a *pignoris capio* (a tomada de penhor). A *manus injectio*, pretensamente a mais antiga das ações da lei, constituía ação executiva por excelência e destinava-se à cobrança de

Nas duas primeiras fases predominou o sistema da *ordo judiciorum privatorum* (da ordem dos processos privados), o processo se desenvolvia em dois momentos, um (*in jure*) perante o Tribunal ou Magistrado, órgão estatal que decidia e estabelecia qual o direito aplicável à espécie, e outra (*apud judiciem*) diante de um Juiz ou árbitro escolhido entre cidadãos ilustres relacionados no *album judicum* (lista dos Juízes: *Insts.* 4,46), que não detinha poder coercitivo (*imperium*), e ao qual incumbia, exclusivamente, julgar com base nas provas produzidas e dentro dos limites traçados previamente pelo Magistrado.

Nessa época também existiam os *recuperatores* que decidiam as questões suscitadas e instauradas entre estrangeiros ou entre estes e os romanos, relativas às mútuas restituições das presas de guerra.

A principal causa da decadência das *legis actiones* foi o seu rigorismo exacerbado. A mera utilização ou omissão indevida de uma palavra no seu curso implicava na improcedência do pedido.

No período formulário que o sucedeu, manteve-se a instauração do processo como ato de iniciativa do autor, a quem incumbia informar previamente ao requerido a

quantia *certa*, exigia a prévia liquidação da eventual importância incerta ou da obrigação de dar ou fazer, e conservava as características da autodefesa antiga (ao tempo da Lei das XII Tábuas, o devedor confessou ou condenado por sentença tinha de solver a dívida dentro de trinta dias, sob pena de ser agarrado pelo pescoço pelo credor e conduzido até ao Magistrado que pronunciava a fórmula solene: *tibi manum injicio* (eu imponho a mão sobre ti), quando então, o devedor devia pagar a dívida, ou apresentar um garante (*vindex*) capaz de contestar a legitimidade da sentença. Na hipótese de ser vencido lhe era imposta a obrigação de pagar em dobro o valor do débito, ou sujeitar-se a ser levado acorrentado à casa do credor, a quem era assegurada a prerrogativa levá-lo três vezes à feira, no período de sessenta dias, a fim de propiciar a compaixão dos parentes e amigos que se dispusessem a pagar o devido. Não adimplida a dívida, o devedor podia ser vendido como escravo, além do Rio Tibre, ou mesmo ser morto, esquartejado e as partes do seu corpo rateadas entre os vários credores). Posteriormente, a Lei Publilia estendeu a *manus injectio* em favor do fiador (*sponsor*) que não fosse reembolsado pelo devedor dentro de seis meses (a *Lex Fúria de sponsu* (sobre o prometido) foi outorgada contra o credor que cobrasse do fiador (ou a um deles) quantia a que não tivesse especificamente se obrigado). Com a introdução das *manus injectiones purae* (as apreensões corporais puras), que não admitiam a ficção por julgamento, o réu passou a poder defender-se pessoalmente e não por terceiro (*vindex*). Nos últimos tempos da República, o credor não podia mais vender ou matar o devedor, mas, tão-só, levá-lo para a própria casa, onde, com o seu trabalho, pagaria o débito. A segunda ação executória, a *pignoris capio*, admitida por Gaio como pertencente às *legis actiones*, porque nela eram pronunciadas palavras solenes, cujo teor se desconhece, incorporava a peculiaridade de dispensar a presença e a autorização do Magistrado, bem como o comparecimento do devedor, além de poder tramitar nos dias chamados nefastos, consagrados às festas religiosas pagãs, período no qual, normalmente, não se podia proceder à jurisdição contenciosa. A ação podia ter por objeto a cobrança, pelos militares, de seu soldo e do dinheiro destinado à compra e forragem de seu cavalo, e podia ser formulada contra quem não pagasse o preço da compra ou do aluguel de um animal destinado a um sacrifício religioso, e em face do contribuinte inadimplente. Embora o credor pudesse apossar-se do bem, não podia, contudo, dele se utilizar, mas forçar o pagamento da dívida. (Cf.: SARAIVA, Vicente. O Conceito de Ação no Direito Romano e Moderno. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 61, pp. 61 – 77, 1997, pp. 62-65).

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

fórmula da ação que tencionava propor, a fim de obter a sua concordância em comparecer no dia aprazado diante do Magistrado, pagar-lhe multa ou garanti-la mediante fiador.

Admitia-se a representação das partes por um *cognitor* (constituído perante o Magistrado) ou um *procurator* (detentor de mandato), cabendo ao autor deduzir em juízo a sua pretensão e solicitar a fórmula, enquanto ao réu era dado confessar ou contestar o pleito lançado pelo postulante com base em fato ou direito extintivo ou suspensivo, e opor exceção à fórmula.

Ao final, se o Magistrado admitisse a ação e aceitasse a fórmula, firmava a *litis contestatio* nos moldes de um contrato no qual as partes assumiam o compromisso de concordar com a decisão do litígio nos termos fixados na fórmula. Instaurava-se, assim, o processo perante um juiz que, após a produção das provas e a audição dos depoimentos dos litigantes, dispunha da faculdade para apreciá-las livremente, embora ao proferir a sentença estivesse adstrito à fórmula originariamente fixada.

9. Com a degradação do sistema de fórmulas e a ascensão dos procedimentos não sujeitos à ordem dos juízos privados (*extra ordinem judiciorum privatorum*), instituídos para solucionar questões de natureza administrativa, surgiu o sistema processual da *extraordinaria cognitio* (cognição extraordinária) que findou por provocar a total abolição do rito das fórmulas em virtude das vantagens que a fusão das instâncias e a instituição do Magistrado como agente público estatal competente para conhecer e decidir todas as contendas trouxe para o sistema de composição dos litígios, mormente, no que tange à celeridade do processo e à efetiva aplicação da lei nos julgamentos.

Na sociedade romana a *res publica* materializava a fusão política da *civitas* num espaço onde aqueles que eram considerados cidadãos tinham liberdade de agir e de realizar os seus interesses por sua conta e risco, o que tornava desnecessária a definição de direitos individuais enquanto garantias contra o Estado, e a atribuição de obrigações e tarefas sociais aos órgãos públicos¹⁷.

¹⁷ CHIUSI, Tiziana. A dimensão abrangente do direito privado romano: Observações sistemático - teóricas sobre uma ordem jurídica que não conhecia 'Direitos Fundamentais'. Tradução de Jorge Cesar Ferreira da Silva. In: MONTEIRO, António Pinto, NEUNER, Jörg e SARLET, Ingo (Orgs.). *Direitos fundamentais e direito privado: Uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, pp. 11-34, 2007.

10. A utilização de medidas de natureza acautelatória como instrumentos de viabilização da tutela dos direitos e da utilidade prática do processo também mereceu destaque no sistema jurídico romano¹⁸.

Na Lei das Doze Tábuas já eram previstas como providências preparatórias para o procedimento de execução forçada, à época de natureza privada, o *addictus* e o *nexum*, a primeira consistia em conferir ao credor a faculdade de manter o devedor em cárcere privado por ordem do Magistrado, até o prazo máximo de sessenta dias, com o fito de forçá-lo a saldar o débito, a segunda constituía medida cautelar de natureza obrigacional por intermédio da qual o próprio devedor, voluntariamente e com o consentimento do credor, se colocava como garantia do pagamento da dívida¹⁹.

No Direito Romano outros institutos caracterizavam medidas acautelatórias. No período clássico, o *vas* do *legis actio sacramento* assegurava o comparecimento do réu em juízo, o *vindex* da *legis actio manus injectionem* tinha característica de garantia pessoal de solvabilidade, e a *pignoris capio* autorizava a apreensão de bens do devedor pelo credor.

Durante o período formulário, tinham caráter assecuratório as *cautiones* incidentais ao processo, como a *cautio iudicio sisti* ou *vadimonium sisti* cuja finalidade precípua era garantir a presença dos litigantes em juízo; a *cautio ampilis non agi* ou *non peti*, que tinha o objetivo de impedir o alargamento da demanda por provocação do representado, a *cautio pro praede litis et vindictiarum* manejada para resguardar o direito do vitorioso à restituição do bem sequestrado; a *cautio ratam rem dominum habiturum* pela qual o procurador acautelava a concordância do outorgante com os atos praticados; e a *cautio iudicatum solvi* utilizada para garantir, em caso de condenação, a execução do *decisum*.

Comportavam idêntico caráter as *cautiones* com abrangência extraprocessual, dentre as quais se destacavam a *cautio ex operis novi nuntiatione* que tinha a finalidade

¹⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. Aspectos Relevantes da Teoria Geral da Ação Cautelar. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 160, pp. 33 – 54, 1997, p. 34.

¹⁹ José de Moura ROCHA ressalta que em virtude do *addictus*, ao credor era admitido manter o devedor por um período de sessenta dias em cárcere por ordem do juiz. Uma vez extinto o débito, o devedor conservava todos os seus direitos e recuperava a sua liberdade. Na hipótese de não se aperfeiçoar o pagamento, a providência (cautelar) transformava-se em medida executiva, possibilitando ao credor vender o devedor reduzindo-o à escravidão. O *nexum* consubstanciava medida cautelar passível de ser ventilada pelo próprio devedor que se oferecia para ser posto em poder do credor. Uma vez extinto o débito por intermédio da prestação de serviços a garantia desaparecia. (In: *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Aide, vol. VIII, 1981, p. 26).

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

de impedir que construção edificada por vizinho mudasse o curso normal de água. Materializava-se em duas etapas, uma extrajudicial, na qual o prejudicado notificava o ofensor por intermédio de qualquer ato simbólico a interromper a obra, outra judicial, em que a sua paralisação era imposta pelo pretor.

A *cautio damni infecti* tinha natureza similar e comportava apenas uma fase judicial. O interessado demandava diretamente ao *Pretor* a emissão de ordem proibitória, mediante a prestação de caução como garantia. Também integravam essas providências, as *missiones in possessionem* veiculadas para possibilitar a detenção ou a imissão na posse de bem dado em garantia.

Durante a expansão do Imperio Romano as construções jurídicas edificadas para justificar e fundamentar a disciplina desses meios de contenção de conflitos privados foram transmitidas aos povos e civilizações conquistadas, sem, contudo, se aperfeiçoarem blindadas contra as influências dos mecanismos locais de composição das contendas.

1.2. Acessibilidade no período do sincretismo medieval.

11. Durante muito tempo, no ocidente, o direito ao qual os cidadãos tiveram acesso foi o produzido por um sistema jurídico edificado a partir dos influxos do ordenamento romano, da atuação da Igreja Cristã e da tradição escolástica consolidados na Europa.

Desde cedo, problemas jurídicos e sociais comuns determinaram a estabilização no âmbito europeu dos institutos jurídicos recepcionados do direito romano, e dos edificados com base nas respostas conferidas às experiências jurídicas locais.

Os jovens povos europeus, antes dos movimentos invasivos, tinham acesso ao direito que se depreendia das tradições, somente com a superposição do domínio romano foram expostos a um direito revelado por atos de poder estatal, materializado ora como comando imperial irresistível, de observância obrigatória, ora como resultado de uma ciência especializada e diferenciada.

As concepções de direito e de justiça às quais lhes foi facultado conhecer e aceder eram reveladas nas construções jurisprudenciais clássicas e no direito vulgar. Esse quadro não resistiu à influência da Igreja Cristã Ocidental cuja atuação foi determinante para a organização das atividades públicas, para o aperfeiçoamento da

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

jurisdição e das técnicas processuais e notariais enquanto estruturas concretas de viabilização do acesso ao direito e à justiça, e para a consolidação de um pensamento jurídico uniforme.

A concorrência de jurisdições (eclesiástica, real territorial, senhorial, feudal) conferiu tônica própria à concepção de acesso à justiça identificando-a com a ideia de acesso a uma ordem jurídica plural pela viabilização de mecanismos capazes de proporcionar a tutela dos direitos nas diversas esferas jurídicas, conforme a natureza do conflito²⁰.

Influenciadas pelas concepções gregas, em especial, às alusivas ao manejo da leitura e da escrita como mecanismos de conhecimento e de acesso à legislação, à administração e à justiça, as sociedades Européias, conquanto expostas à forja das formulações romanas, sempre foram receptivas ao desenvolvimento da retórica e da lógica como instrumentos de compreensão dos direitos.

Antes dos glosadores pouco se conhecia sobre a dimensão da influência do direito romano na matriz jurídica europeia, foi o trabalho teórico por eles desenvolvido que identificou os materiais dispersos do *Corpus Juris Civilis* acolhidos sem obstáculos na Espanha e no Sul da França, onde serviram de base para a construção do direito pátrio, e ao Norte chocaram-se com o direito germânico de matriz costumeira, onde adquiriram tez científica e foram transmitidos para a Inglaterra e Escócia.

A utilização das formas de comentário do *trivium* herdadas da antiguidade no manejo do *Corpus Juris Justinianeu*, a partir da alta Idade Média, foi determinante para o seu predomínio na regulação da vida pública europeia e para a consolidação do debate jurídico como discurso racional e técnico.

12. Com a quebra do Império Romano do Ocidente, as comunidades regionais reverenciaram a Igreja como novo paradigma de organização baseado numa forma inovadora de pensar o direito, que o demonstrava, não como comando emitido por um senhor absoluto, mas enquanto parâmetro normativo fundado nas tradições que obrigava e impunha limites tanto aos súditos como ao soberano.

²⁰ Antonio Manuel HESPANHA assinala que “na sociedade europeia medieval conviviam diversas ordens jurídicas – o direito comum temporal (basicamente identificável com o direito romano, embora reinterpretado), o direito canônico (direito comum em matérias espirituais) e os direitos próprios” (In: *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Lisboa: Publicação Europa-América, 1997, p.92).

O direito ao qual os indivíduos passaram a ter acesso revelava-se em normas jurídicas escritas elaboradas a partir dos resquícios do direito romano imperial e das leis bárbaras arrimadas em leis romanas, nas compilações escritas das normas tribais, nos capitulares e nas fontes canônicas aplicadas pelos letrados e clérigos.

A matriz fundamental do direito ocidental, calcada na evolução jurídica europeia, foi construída na sequência de uma progressiva apropriação do patrimônio jurídico romanístico que durante um longo período teve como principal canal de revelação a prática jurídica da Igreja informada pela teoria jurídica e política de Aristóteles.

A romanização dos germânicos não os impediu de conservar a concepção do direito como conjunto normativo “determinado pelo modo de vida das comunidades pessoais e pelo seu próprio ethos e não pelo resultado de novas relações econômicas ou de poder”²¹, consentânea com a ideia de que o sistema jurídico não constituía ordenamento arbitrário, mas se conformava como tradição de vida inatacável.

Na Idade Média, o progresso urbano impulsionado pelo desenvolvimento comercial impôs novos desafios à compreensão das disciplinas jurídicas no âmbito da administração da justiça. O direito romano assumiu o caráter de direito natural em função da sua dignidade histórica e autoridade metafísica, e passou a servir de fundamento seguro para o debate sobre a ética político-social vigente à época²².

13. Nesse período, na Inglaterra, a *Magna Charta Libertatum* resultante do pacto celebrado pelo Rei João Sem-Terra, os Bispos e Barões, em 15 de junho de 1215, conquanto focada na manutenção dos privilégios da nobreza, surge como ponto de partida para o reconhecimento de alguns direitos e liberdades civis clássicos, como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade.

Além de incorporar no seu texto cláusula que proibia a venda, postergação ou denegação de justiça, garantia ao homem livre, categoria na qual não se incluíam os

²¹ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Tradução de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 27.

²² Essa visão, herdada pelos modernos sistemas hermenêuticos, participou da construção da ideia de que o processo de conhecimento dos institutos jurídicos está centrado em princípios fundamentais predeterminados, e a exegese não tem por objetivo revelar a verdade do texto normativo, mas aboná-la. Perspectiva que acabou por servir de pano de fundo à tese de que no *Corpus Juris* a própria razão se materializa em palavra (*ratio scripta*), posteriormente suplantada pela versão jusracionalista, que professava o direito como ordem cuja autoridade decorre da sua revelação enquanto expressão da soberania e da vontade política geral da nação. Na dogmática jurídica medieval as regras não eram deduzidas de conceitos ou princípios superiores.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

servos das glebas e eventuais escravos, o direito de não ser privado da vida ou da propriedade, salvo em virtude de sentença judicial²³.

Considerada uma das precursoras da garantia do devido processo legal e, por conseguinte, da concepção de justo processo, a Magna Carta somente recepcionou o termo *due process of law* por volta de 1354²⁴, quando traduzida do latim para o inglês, ao qual a construção jurisprudencial atribuiu um caráter fortemente adjetivo, centrado no regular acesso aos tribunais (*access to courts*) e no julgamento justo (*fair trial*), aferidos a partir do cotejo da imparcialidade do julgador, da disponibilização de vias de acesso gratuitas aos hipossuficientes, da garantia do correto chamamento ao processo, do amplo contraditório, e da publicidade, motivação e fundamentação dos atos decisórios²⁵.

Apesar de ter reverenciado princípios essenciais à consolidação do acesso à justiça, não pode ser visualizada como precursora de autênticos direitos fundamentais, sobretudo, por ter sido pactuada numa época em que a maioria da população não tinha acesso aos direitos por ela consagrados em virtude das profundas desigualdades sociais e econômicas que marcavam o sistema estamental operante²⁶.

14. Com os glosadores, os mecanismos de composição dos conflitos de interesses se aperfeiçoaram e o recurso à força ou a meios costumeiros irracionais cedeu

²³ Art. 39. Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, exceto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país (Tradução livre).

²⁴ O direito ao devido processo legal foi consolidado no Direito Inglês na *Bill of Rights* (1688) e no *Act of Settlement* (1700), mas o delineamento do seu conteúdo deve-se, sobretudo, à atividade jurisprudencial.

²⁵ O modelo idealizado nos Estados Unidos, apesar de lastreado numa ordem constitucional escrita concebida como paradigma para todo o sistema jurídico, não se afastou da matriz jurisprudencial. A cláusula do *due process of law* consagrada na Quinta Emenda, embora inicialmente referida aos direitos à vida, à liberdade e à propriedade, foi ampliada de modo a incidir no processo civil como expressão do direito ao correto procedimento, e a servir de respaldo para a defesa da intangibilidade de direitos considerados fundamentais. Impregnada por dois sentidos, um formal e outro material, a cláusula do devido processo legal incorporou a garantia do acesso ao direito e à justiça como expressão tanto das garantias processuais (*procedural due process*), como das prerrogativas incorporadas ao direito material (*substantive due process*).

²⁶ Para Ingo Wolfgang SARLET, mesmo com a afirmação do Parlamento frente à Coroa, de forma a privilegiar a liberdade individual pela via da redução dos poderes reais, é precipitado falar-se em sagração dos direitos fundamentais na moldura fixada pela Magna Carta. Quando muito, é possível identificar-se um processo de fundamentalização, sem constitucionalização dos direitos e liberdades, caracterizado pela instabilidade e falta de supremacia, que não vinculava o Parlamento. Somente com o advento das declarações de direitos do povo da Virgínia (1776) e da França (1789) observa-se uma concreta transição dos direitos e liberdades para os direitos fundamentais constitucionais com a nota de supremacia normativa e a garantia da sua justiciabilidade pela via do controle de constitucionalidade. (In: *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004).

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

espaço à discussão racional sobre as circunstâncias jurídicas nas quais as questões fáticas eram baseadas.

A vida pública europeia foi legalizada e jurisdicionalizada provocando a institucionalização de mecanismos racionais de composição de conflitos, a estabilização da jurisprudência como produto da atividade desenvolvida por um corpo técnico especializado em estudar normas jurídicas e fator de organização racional da vida social, e a consolidação do modelo racional de administração da justiça, paradigma que foi transmitido para os demais continentes com o movimento expansionista.

Esse processo de ‘legalização’ e ‘jurisdicionalização’ das formas de expressão e tutela das relações privadas foi influenciado, no medievo, pela ordem jurídica canônica, especialmente, no ritual de construção conceitual do conteúdo dos princípios jurídicos e na metodologia jurídica²⁷.

Os influxos da canonística no direito secular foram bem mais marcantes no espaço onde se permitia aos órgãos eclesiásticos o exercício de competências comuns com ampla liberdade para aplicar princípios canônicos às formas de composição dos conflitos.

As relações privadas e os mecanismos de resolução dos litígios seculares incorporaram, por essa via, elementos da teologia moral, como a possibilidade de utilizar critérios axiológicos objetivos e subjetivos na apreciação do cumprimento dos deveres jurídicos, de promover a avaliação ética da eficácia jurídica das manifestações de vontade, de investigar a verdade material dos fatos por vias racionais expurgando as tradicionais *ordálias* do direito germânico, e de equalizar os estatutos jurídicos pela superação das formas discriminatórias de tutela, notadamente, no tocante à situação da mulher no âmbito matrimonial.

15. Ocupados com a direção e o domínio técnico da vida jurídica da época, os juristas do medievo transpuseram para a prática do direito as suas experiências e métodos. Na fase de transição para o período moderno verificou-se um forte movimento

²⁷ A importância do pensamento europeu na formação dos modelos jurídicos hodiernos não pode ser contestada. Como bem pondera José Elias Dubard de Moura ROCHA, “o reconhecimento da plasticidade histórica de tudo o que é humano importa no re-conhecimento de uma contextualização particularizada como experiência significativa num horizonte jurídico moderno de tradição ocidental euro-centrista” (Acesso à Justiça: suas posições epistemológicas. In: GOMES NETO. José Mário Wanderley (Coord.). *Dimensões do Acesso à Justiça*. Salvador: Juspodivm, Coleção Temas de Processo Civil, pp. 97-109, 2008, p.104).

de reforma humanista na jurisprudência, o qual acarretou a quebra da tradição autoritária e prática do processo de interpretação e aplicação do direito, e contribuiu para a remodelagem da ciência jurídica como técnica formal de análise lógica da realidade, alicerçada na argumentação e discussão racionais.

Posicionado como peça indispensável para a funcionalidade dos mecanismos de administração da justiça e para a justificação ideológica e jurídica das reivindicações de soberania dos Príncipes, o jurista participou ativamente da construção do Estado Moderno.

Enquanto detentor do domínio das operações lógicas através das quais puderam ser organizadas em teses suscetíveis de serem racionalmente compreendidas as complexas realidades do trabalho político da época, só ele “podia construir um direito geral, liberto assim das particularidades locais e corporativas, e objectivo, porque baseado em deduções logicamente comprováveis”²⁸, essencial à criação de um aparato administrativo racional teoricamente imune aos interesses e conveniências pessoais.

A concepção germânica de organização dos tribunais e de controle da magistratura assumiu caráter mais popular e acessível, de modo a garantir, na repartição das tarefas jurisdicionais entre o juiz, que detinha a soberania para conduzir o processo, e os jurados, que proferiam a sentença, a participação dos cidadãos na formulação do direito como mecanismo de bloqueio ao arbítrio senhorial.

Esse modelo diferia do formato franco e saxão onde a ascendência da nobreza sobre os integrantes das carreiras jurídicas posicionava o juiz como mero funcionário do Monarca. Na antiga tradição alemã o direito objetivo era revelado na prática jurídica e incorporava os direitos populares que durante muito tempo foi o único direito ao qual teve acesso grande parte da população.

²⁸ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Tradução de Antonio Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 94. Ainda sobre a estruturação histórica do direito ocidental, conferir: SALDANHA, Nelson. *O Jardim e a Praça: Ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986; DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998; BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade: Para uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2003; CAVALCANTI, Francisco Ivo Dantas. *As Denominadas Famílias de Direito*. In: SALDANHA, Nelson Nogueira e REIS, Palhares Moreira (Coords.). *Estudos Jurídicos, Políticos e Sociais – Homenagem a Gláucio Veiga*. Curitiba: Juruá Editora, 2000; BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992; SANTOS, Boaventura Sousa. *Do Pós-Moderno ao Pós-Colonial e para além Um e Outro*. In: *VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais*. Coimbra: 2001. Disponível em http://www.ces.uc.pt/misc/Do_pos-moderno_ao_pos-colonial.pdf. Acesso em: 21 de agosto de 2006; e, RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 1983.

16. Data desse período a formação da matriz jurídica Lusitana. Quando da sua fundação, Portugal já possuía um direito comum de natureza costumeira construído sob a influência romano-cristã (o Reino de Portugal não pertencia ao *Sacrum Imperium*).

No período de domínio Visigótico na Península Ibérica, o *Breviarium Alaricianum* ou *Aniani* foi imposto aos povos que a habitavam como código normativo, sendo substituído em 652 pelo *Fuero Jusgo* (*Forum Judicium*, em latim) ²⁹, que prevaleceu até 1250, quando a reforma da legislação patrocinada por Fernando III resultou no Código das *Sete Partidas*.

Os territórios Portugueses subjugados ao Reino de Leão, quando tomado aos Mouros, foram submetidos ao *Fuero Jusgo*, mandado observar em Portugal pelo ‘Concílio de Coynça’. Mesmo depois de estabelecida a monarquia, com a separação do Reino de Leão, Portugal continuou a observar a Legislação Visigótica com as alterações resultantes do *Fuero Real*, da *Lei del Estilo* e do *Fuero de Leon*.

A despeito da resistência oposta pelo Clero ao *Código das Sete Partidas*, que referendava a adoção do direito romano do *Corpus Juris* com forte penetração na jurisprudência e doutrina, o seu texto influenciou a elaboração do Código Affonsino, publicado entre os anos de 1446 e 1447, cujo teor restringia a Legislação Feudal e Consuetudinária e posicionava, no mesmo nível, a legislação do *Corpus Juris* e as normas de Direito Canônico.

Enaltecido com a descoberta das Índias e da América, o Rei D. Manoel ordenou a compilação de novo Código, cujo teor, publicado em 1521, seguiu a mesma sistemática adotada no Código Afonsino, no que foi seguido pelo seu sucessor Philippe III de Espanha, e II de Portugal, que mandou organizar outro Código, finalizado e publicado em 1603, cujo conteúdo seguiu o mesmo método de sistematização adotado pelo Código Manuelino, mantendo a disciplina do processo civil e das pessoas e coisas no terceiro e quarto Livros, respectivamente, com base no material recepcionado do

²⁹ Cândido Mendes de ALMEIDA leciona que “a par do *Fuero Jusgo*, e do Direito consuetudinário, existia o Direito Canônico, que se infiltrava, e juxtapunha a Legislação Civil, em vista da organização peculiar dos estados organizados depois da dissolução do Imperio Romano (...). Como se achavam no Estado entrelaçados e unidos o Civil e o Ecclesiastico, as decisões dos Concilios Provinciaes Hespanhões, máxime os de Toledo, eram observadas como se fossem promulgadas pelos dous Poderes: nenhuma separação definida havia, senão a que resultava das funções peculiares que exercião o Clero, e o Rey” (In: *Codigo Philippino ou Ordenações e Lei do Reino de Portugal Recopiladas por Mandado D’El – Rey D. Philippe I*. Livro Primeiro, 1º Tomo, Edição Fac-similar da 14ª edição, de 1870. Brasília – Edições do Senado Federal, 2004, p. XV).

direito consuetudinário germânico e do direito romano tardio (Compilações de Justiniano)³⁰.

Conquanto não tenham incorporado enunciados específicos que disciplinassem ou garantissem o acesso ao direito e à justiça, os Terceiros Livros das Ordenações congregavam conjuntos de normas que reverenciaram a viabilização de procedimentos capazes de produzirem decisões aptas a atenderem aos anseios de justiça em voga.

A preocupação com a excessiva duração dos procedimentos e com o manejo abusivo das vias recursais possibilitou a inclusão, nas Ordenações Afonsinas, de restrições ao acesso ao duplo grau de jurisdição e a revelação do princípio da instrumentalidade das formas como fundamento para a desconsideração de vícios formais, em prol da rápida e justa solução dos litígios, regramento que foi reproduzido e pouco alterado nas Ordenações Manuelinas.

As Ordenações Filipinas, idealizadas como produto da necessidade de adequação das leis à realidade, inclusive no que dizia respeito à atribuição de maior celeridade ao processo, além de recepcionarem as três fórmulas procedimentais ainda conhecidas e utilizadas em nossos dias (ordinário, sumário e sumaríssimo), mantiveram a garantia do contraditório, da imparcialidade do julgador e da iniciativa probatória do juiz³¹.

As Ordenações Filipinas vigoraram por quase três séculos e, embora reconhecessem, de certa forma, o direito dos mais necessitados de serem patrocinados por advogados, como mecanismo de equalização das oportunidades das partes na realidade processual, bloquearam, em Portugal e no Brasil, a evolução do significado do acesso à justiça na forma como visualizada no resto da Europa, onde o culto à liberdade se contrapunha ao absolutismo e fervilhavam discussões filosóficas que conduziram às primeiras noções de democracia e ao período das revoluções³².

³⁰ Até o século XV, o processo civil português era calcado na oralidade, somente por influência do direito canônico adotou-se o modelo que privilegiava a escrita, a adoção de fórmulas e a intervenção de advogados.

³¹ Em todas as Ordenações do Reino, o processo conservou-se como instrumento escrito e formal a serviço das partes, no qual predominava a passividade do magistrado e o alheamento quanto aos reflexos sociais da prestação da tutela jurisdicional.

³² Para um exame mais aprofundado ver: ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal Recopiladas por Mandado Del-Rey D. Philippe I* – Introdução e Comentários. 1º, 2º, 3º e 4º Tomos. Brasília: Senado Federal, 2004.

17. No Brasil, o sistema judicial imposto no início do período colonial pela administração portuguesa perdurou durante longo período. As Ordenações, ao partilharem e delimitarem as atribuições dos funcionários, não tomaram como parâmetro a natureza da atividade desenvolvida. Era comum a acumulação de poderes administrativos, judiciais e de polícia nas mãos de autoridades, que não se importavam em manipulá-los em prol de seus próprios interesses. Prevalecia a impunidade, a inobservância da legislação, a corrupção e o tráfico de influência³³.

A designação de um Ouvidor-Geral com a instalação do Governo-Geral em 1549 marcou a primeira tentativa de estruturação da justiça régia na Colônia. A administração da justiça real era delegada a cada donatário, cuja jurisdição cível e criminal era definida nos forais e cartas de doação, sendo-lhes facultado nomear ouvidores.

O Ouvidor-Geral, além de desempenhar funções administrativas, examinava, em grau de recurso, as decisões proferidas pelos Ouvidores das Comarcas residentes nas Capitanias, os quais detinham competência para solucionar as discussões jurídicas nas aldeias, controlar o povoamento e despovoamento de localidades, a realização de obras públicas, a criação de vilas e a construção de igrejas, e supervisionar a arrecadação tributária.

A ampliação da Colônia exigiu da Coroa a reestruturação da aparelhagem judicial, o que resultou na criação de cargos de Juízes (Ordinários e de Fora)³⁴ competentes para o exercício de funções policiais e jurisdicionais, sob a direção do Ouvidor da Comarca e inspeção do Corregedor.

³³ Sobre a formação da cultura jurídica brasileira, ver: SALDANHA, Nelson Nogueira. As constantes axiológicas da cultura e da experiência jurídica brasileira. In: *Revista Idéia Nova – Órgão de Divulgação Científico-Literário dos Estudantes do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UFPE*. Recife: Editora Nossa Livraria, nº 4, p. 71-80, Jan./Dez., 1998.

³⁴ O Juiz Ordinário era eleito dentre três “homens bons”, mediante confirmação do Ouvidor, desempenhava funções judiciais e administrativas, geralmente acumulava a função de juiz de órfão apartado. Conforme disciplina das Ordenações Manuelinas e Filipinas, deveria existir um juiz de órfão em cada vilarejo onde morassem mais de quatrocentos vizinhos, o qual tinha obrigação de saber a quantidade de órfãos existentes em sua comarca, arrolar e inventariar seus bens, autorizar casamento e providenciar-lhes tutor. O Juiz de Fora era bacharel letrado enviado pelo reino para administrar a justiça em nome do rei, competia-lhe visitar as comarcas e dar assistência aos juízes ordinários que lhe cediam jurisdição, incumbia-lhes, ainda, exercer a presidência da câmara municipal e desempenhar algumas atividades administrativas (SEGURADO, Milton Duarte. *O Direito no Brasil*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1973, p. 111).

Em 1605 foi instalado na Bahia o primeiro Tribunal de Relação³⁵ subordinado à Casa de Suplicação, com sede em Portugal, altura em que os juízes (Ordinários, de Fora e de Vintena³⁶), o Ouvidor e o Corregedor passaram a ocupar o mesmo patamar hierárquico e a se submeter à sua autoridade.

Ao lado das atividades jurisdicionais, os Tribunais de Relação desempenhavam funções administrativas de consultoria a governadores e vice-reis, decidiam sobre os limites entre as capitanias, executavam sindicâncias policiais em navios, além de outras intervenções de caráter político e administrativo.

Nos municípios, a administração da justiça era dominada pelo senhorio rural. Com o tempo, os juízes ordinários eletivos foram substituídos pelos juízes de fora, de nomeação régia. Apesar do poder que lhes era conferido, os órgãos judiciais tinham atuação restrita, sobretudo, porque, a justiça, por revelar-se formal, letrada e dispendiosa, era quase inacessível à população, majoritariamente constituída por analfabetos e pobres que não entendiam o direito escrito nem tinham condições financeiras para arcar com as despesas de um processo.

A Justiça Real também tinha pouca penetração nos grandes latifúndios, onde imperava a justiça privada e a jurisdição oficial era intimidada pela atuação do Capitão-mor, bem como nas comunidades indígenas e quilombolas que instituíam seus próprios costumes jurídicos.

Ao término do período colonial, o Brasil possuía seus juízes e tribunais de segunda instância (Relações da Bahia e do Rio de Janeiro) próprios³⁷, subordinados em

³⁵ Somente em 1751 é que viria a ser instalado o segundo Tribunal de Relação, mas no Rio de Janeiro. A distância entre as províncias e os Tribunais de Relação dificultava a interposição de recursos, problema que ensejou, no período do Vice-Reinado, a criação de Juntas de Justiça que adotavam uma forma processual sumária. A Junta do Pará foi a primeira a ser instituída, em 1758, era presidida pelo Governador da Província e composta pelo Ouvidor, o Intendente, um Juiz de Fora e três Vereadores.

³⁶ O juiz de vintena, ou juiz vintenário, recebia esta denominação por atuar apenas em aldeias ou vilarejos onde viviam mais de vinte famílias, tinha poderes decisórios limitados à alçada entre cem e quatrocentos réis, seus pronunciamentos eram verbais e não eram passíveis de apelo ou agravo, não tinham competência criminal, contudo, podiam ordenar a prisão em flagrante delito, ou mediante mandado ou querela, mas lhe incumbia apresentar o detido ao juiz competente.

³⁷ Participavam também da administração da justiça os Vereadores, que geriam as vilas e auxiliavam o Juiz Ordinário no julgamento das demandas que envolviam furtos de pequenos valores e injúrias, e na elaboração das leis; os Procuradores de Justiça e os Promotores, os primeiros cuidavam da integridade da justiça civil, e os segundos detinham a atribuição de acusar os criminosos em nome do Rei e da sociedade, e de defender o interesse geral; e os Alcaides ou Prefeitos de Província que possuíam jurisdição civil e militar.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

grau de recurso à Casa de Suplicação, ao Desembargo do Paço e à Mesa da Consciência e Ordens instaladas em Portugal³⁸.

1.3. Acessibilidade no Mundo dos Modernos

18. No âmbito europeu, a edificação de estruturas facilitadoras do acesso ao direito e à justiça se aperfeiçoou diretamente relacionada com o processo de recepção pelos sistemas jurídicos de institutos normativos de matiz romana, e de modelos inovadores de aplicação do direito³⁹.

Com a evolução das relações sociais e políticas que alvoreceram no período que se convencionou chamar de Idade Moderna, o processo de transformação normativa e jurisdicional destacou-se como expressão da influência das mudanças sociais e econômicas na construção da vontade política.

Estabilizado como paradigma de organização das sociedades do ocidente, e de catalisação do exercício do poder, o Estado Moderno incorporou como atribuição basilar a capacidade para distribuir a justiça por intermédio do processo de interpretação e aplicação do direito (*jus dicere*), e para impor o cumprimento das suas decisões.

O homem foi entronizado como detentor de um conjunto de prerrogativas autônomas e inerentes à natureza humana, fundadas em normas que antecedem a institucionalização normativa do Estado e se sobrepõem ao poder político conferindo eficácia e força vinculante às normas por ele formalizadas⁴⁰.

³⁸ A Casa de Suplicação era a Corte Suprema, o tribunal de terceira e última instância em Portugal e no Brasil, suas decisões deveriam ser respeitadas pelas instâncias inferiores como jurisprudência vinculante. O Desembargo do Paço apreciava as graças, indultos e privilégios requeridos ao Rei, e confirmava as decisões concessivas de adoções, suprimimentos de idades, reintegração de posse e determinavam a censura de livros. A Mesa da Consciência, criada em 1531, ulteriormente denominada de Mesa da Consciência e Ordens era órgão consultivo do Rei nas questões jurídicas e administrativas referentes às ordens militares e religiosas detentoras de foro privilegiado, competente, também, para julgar os pleitos eclesiásticos envolvendo os clérigos do Reino.

³⁹ Boaventura de Souza SANTOS ao tratar das tensões entre regulação e emancipação no direito moderno, aponta três períodos distintos: a) o da recepção do Direito romano; b) o do direito natural racionalista; e c) o das teorias do contrato social. (In: *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência – para um novo senso comum – a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. São Paulo: Cortez, 2000).

⁴⁰ Posicionados num plano hierarquicamente superior, tais direitos, identificados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão como, basicamente, os direitos “a liberdade, a segurança, a propriedade e à resistência à opressão” (art. 2º), eram titularizados pelo homem e só encontravam limites nas iguais prerrogativas dos demais cidadãos (art. 4º). Na estatização da sociedade surgem divorciadas a liberdade civil (dos modernos) e a liberdade política (dos antigos), compondo o que Canotilho chamou de liberdades-autonomia ou direitos civis e liberdades-participação ou direitos políticos, acarretando a categorização dos direitos humanos originalmente proclamados como, fundamentalmente, liberdades

O Estado moderno de matiz liberal foi edificado com base na ideia de que somente pelo reconhecimento dos direitos do cidadão é possível garantir e assegurar os direitos do homem, e na concepção de que a liberdade é afiançada pelo ordenamento jurídico cujas normas devem ser lastreadas na vontade social, que a qualifica de modo a impor limites ao exercício do poder, e a garantir que os demais membros da sociedade dela também possam usufruir em igualdade de oportunidades.

19. Nos sistemas de direito codificado, o incremento da atividade legislativa e a instituição de uma burocracia jurídica possibilitaram a idealização de mecanismos de impugnação dos atos de aplicação normativa com base no questionamento sobre a sua validade ou adequação à vontade do legislador impregnada nas normas⁴¹.

Quando, a partir da metade do século XVI, a qualificação técnica passou a ter relevância na escolha dos agentes jurídicos, os juristas letrados no direito romano penetraram nos tribunais por intermédio do preenchimento dos postos judiciais. Esse fenômeno provocou a erudição do processo, o solidificou como instrumento técnico articulado, preferencialmente escrito, e organizado segundo fórmula jurídica preestabelecida, no qual a manifestação das partes se desenvolve na forma de troca dialogada e progressiva de ataques e argumentos defensivos.

Estruturado como espaço de produção de argumentos, provas e decisões articuladas em momentos específicos, o processo, enquanto instrumento de acessibilidade, somente encontrava respaldo onde o interesse técnico-jurídico estivesse orientado para a concretização processual dos direitos, ou seja, numa moldura normativa em que os direitos pudessem ser efetivados nos limites de uma ação judicial (individual) tipificada e abstratamente formulada.

negativas, e atrelando a sua conservação ao exercício do poder político em consonância com os parâmetros emergentes do próprio quadro de direitos previamente emoldurado. Sobre as transformações históricas e a supletividade do direito judicial, conferir: NÖRR, Knut Wolfgang. Alcuni momenti della storiografia del Diritto Processuale. Trad. Mario Ascheni. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Bologna: CEDAM, anno LIX (Seconda Serie) – n° 1, pp. 1 – 10, Gennaio - Marzo 2004.

⁴¹ Ao discorrer sobre a evolução das estruturas estatais, Nelson SALDANHA sustenta que o Estado Absoluto pressupôs as demarcações nacionais e criou a ordem administrativa mantida pelo Estado liberal, calcado em um modelo constitucional permeado de poderes e garantias, que foram aproveitados pelo Estado dito social. (In: *O Estado em Questão: Presente e Futuro*. In: *Revista da Escola da Magistratura do Estado de Pernambuco*. Recife: Bagaço, vol. 3, n° 07, pp. 533-544, jan./jun. de 1998). Sobre a identificação da partilha dos poderes estatais como doutrina e princípio, conferir: PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional: Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

Nesses cenários, o enquadramento conceitual dos fatos ‘juridicamente relevantes’ para a solução das controvérsias, e a diferenciação entre as questões de fato e de direito, aperfeiçoavam-se como produto de um raciocínio lógico que atribuía à decisão judicial o caráter de ato de subsunção hipoteticamente contido no princípio jurídico⁴².

A plenitude do acesso ao direito e à justiça encampava a garantia de decisões racionalmente fundamentadas e isentas de arbítrio e de parcialidade, ainda que calcadas em critérios meramente formais, proferidas por juízes letrados com base em formulações linguísticas e referências a princípios e construções teóricas corretamente alinhadas ao direito.

A autoridade dos juízes, até então atrelada ao poder material e moral do governante, passou a fundar-se na confiança em sua formação erudita e no seu saber especializado, que os capacitava também a exercer, diante de questões eminentemente privadas, atividade criativa e positiva, ainda que contrária aos interesses de outras autoridades⁴³.

20. A racionalização do direito como instrumento técnico acessível estabilizou-se como resultado de um movimento mais abrangente de racionalização da sociedade, para o qual a jurisprudência, enquanto espaço de revelação e efetivação dos valores morais legitimadores da atuação estatal, teve papel essencial.

Por intermédio do processo de racionalização do direito, o Estado Moderno conseguiu desencadear uma atuação jurisdicional pretensamente igualitária e neutra (imparcial), e justificar práticas voltadas para a promoção do bem-estar público e da justiça social. A problemática do acesso ao direito e à justiça posicionou-se no âmbito do discurso sobre o lugar e o papel social do homem, bem como no debate centrado na imposição de limites aos direitos e deveres dos indivíduos.

⁴² Nesse sentido, destaca Franz WIEACKER, “aquilo que era o *achamento* do direito (de um direito na verdade pré-existente, mas não desvendado) para a anterior concepção jurídica, transforma-se em *aplicação* do direito (...). Se o antigo direito concebia, de acordo com variados testemunhos, as sentenças e a actividade dos juízes como um ‘endireitar do torto, um dar as penas por igual, no sentido do direito’, portanto, como um acto de ordenação, que transformava a desordem em ordem segundo o padrão da justiça contida na tradição e no costume, agora o juiz ‘aplica’ os princípios jurídicos e doutrinários por meio das operações lógicas da subsunção às hipóteses pré-estabelecidas juridicamente” (In: *História do Direito Privado Moderno*. Tradução de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 205).

⁴³ Esse modelo, embora apto a possibilitar tutela jurisdicional racionalizada, abstrata, rápida, econômica e igualitária, para os padrões da época, em virtude do seu caráter erudito, findou por provocar o distanciamento do cidadão do processo de produção do direito e do exercício da jurisdição.

Com o jusracionalismo, o homem, consagrado como ser social, não é mais identificado como obra divina. Transformado em objeto de observação e conhecimento, suas interações com o Direito e o Estado passam a ser apreendidas a partir das leis naturais e reguladas por normas imutáveis.

A visualização do indivíduo enquanto ser instalado numa sociedade organizada lastreou a construção da ideia de contrato social como produto da resistência ao soberano, e serviu para justificar a voluntária limitação de liberdade em prol da concretização do pacto de submissão ao governante eleito, que habilitava os indivíduos a acessarem as Cortes Jurisdicionais a fim de demandarem a tutela dos seus direitos⁴⁴.

21. Com a expansão do espaço de participação dos particulares nas tarefas estatais, a ordem jurídica é visualizada como mecanismo de compatibilização das liberdades, e de promoção de um ambiente de liberdade e de realização da autonomia ética de todos.

A experiência da justiça e dos problemas jurídicos concretos materializava-se condicionada à história das questões jurídicas e das formas empregadas para apreendê-las e solucioná-las. Essa tarefa, eminentemente prática, estabilizou-se como atividade desenvolvida pelo jurista (legislador, juiz, teórico e demais intérpretes/aplicadores do direito), por intermédio de processo construtivo calcado no positivismo científico, no qual as normas jurídicas e a sua aplicação eram deduzidas do sistema e de conceitos e princípios doutrinários, excluídas as valorações e objetivos extrajurídicos de cunho religioso, social, ético, científico, político ou econômico.

O acesso ao direito e à justiça incorporou o sentido de acesso à ordem jurídica enquanto sistema fechado, autônomo e coerente, de normas e institutos divorciados da realidade social e das situações concretas da vida nas quais incidiam, e de acesso a

⁴⁴ Para Boaventura de Sousa SANTOS a complexidade da regulação social moderna se manifesta precipuamente nas interações entre os princípios que lhe servem de fundamento – o princípio da comunidade, o princípio do Estado e o princípio do mercado. As diversas concepções de Direito encampadas pelas teorias contratualistas elaboradas pelos grandes filósofos políticos da modernidade, Hobbes, Locke e Rousseau, igualmente estão calcadas nas formas diferenciadas de privilegiar cada um destes princípios. Assim, o Direito pode ser concebido, simultaneamente, como vontade do soberano (HOBBS), manifestação de consentimento (LOCKE) e autoprescrição (ROUSSEAU). (In: *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência – para um novo senso comum – a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. São Paulo: Cortez, 2000). Cf. SILVA, Dicken William Lemes. O Direito de Acesso à Justiça no Contexto do Pós-Positivismo. In: *Revista de Direito Público*. Porto Alegre: Síntese – IOB, ano III, nº 10, Out.-Nov.-Dez./2005, pp. 125 – 160.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

mecanismos de composição de conflitos lastreados na realização de operações lógicas de subsunção.

Edificou-se no âmbito doutrinário e jurisprudencial, sobretudo, nos sistemas romano-germânicos, a concepção de tutela jurisdicional justa como provimento que revelava a aplicação lógica do direito a partir da ideia de que os direitos e as situações jurídicas podiam ser explicados segundo as leis gerais da experimentação física, mediante trabalho de interpretação/aplicação desenvolvido no plano dos conceitos, no qual a subsunção lógica em relação a um princípio ou conceito devia sempre ser possível e suficiente em todas as situações hipotéticas, sendo vedado ao julgador criar normas, à medida que todas as soluções possíveis estavam contidas no sistema jurídico positivado⁴⁵.

Inserida no projeto liberal de construção do Estado Nacional, a justiça revelou-se como objeto especial de ‘consumo’ somente disponível a quem pudesse arcar com os seus dispêndios. O acesso era assegurado como mera garantia formal, disponível ‘isonomicamente’ a todos, mas materialmente garantido aos poucos que conseguiam suportar as despesas decorrentes da movimentação da máquina judicial.

À elitização da administração da justiça sucumbiram os teóricos já elitizados pelos estreitos caminhos do acesso à educação e à profissionalização. Preparados e domesticados para servirem de alicerce doutrinário para uma prática jurisdicional extremamente seletiva, especialmente, em termos de acessibilidade, os pensadores do direito também se mostravam assaz seletivos quanto ao alcance das suas atividades teóricas.

Enclausurado numa moldura estéril, posicionada à margem das contingências relativas à acessibilidade material aos sistemas instrumentais, e à deriva das dificuldades reais dos litigantes em disporem de meios para alcançarem uma tutela jurisdicional efetiva, ao manipulador do conhecimento jurídico-processual não era permitido extrapolar os limites da moldura formalista e dogmática idealizada para o processo, no qual cabiam, unicamente, as construções abstratas alusivas à inteireza e correção da incidência das normas procedimentais nos ritos institucionalizados, e a operacionalidade e adequação desses ritos às situações hipotéticas legalmente previstas.

⁴⁵ A ideia de neutralidade na aplicação do direito sempre foi de difícil constatação porque o ato de subsunção positiva incorpora, em si, valorações que consubstanciam, em derradeira análise, opções éticas, sociais e políticas, e servem de adjuvante na construção de um paradigma de justiça.

A adoção de um modelo formalista de administração da justiça impediu que o processo adquirisse autonomia, mantendo-o como mero conjunto de fórmulas e praxes judiciárias manejadas com a finalidade de expor o conflito ao julgador, num cenário em que “a própria ação não era vista como direito distinto daquele que a parte deduzia em juízo para reclamar tutela estatal”⁴⁶, mas como extensão do direito subjetivo material do litigante que reage contra a violação sofrida.

22. Ao tempo do Estado liberal, a sociedade civil era submissa à esfera econômica que se auto-regulamentava e se desenvolvia de forma autônoma e indiferente ao poder político⁴⁷.

O acesso à justiça, enquanto expressão de um direito natural, posicionava-se num plano exterior ao da atuação e intervenção estatal direta. Ao poder público incumbia apenas garantir que o exercício de outros direitos não interferisse na possibilidade de recurso aos órgãos judiciais para resolução de eventuais conflitos de interesses, excluindo-se da sua órbita de atuação a adoção de medidas que possibilitassem a superação das barreiras que impediam considerável parcela da população ascender ao aparelho institucional encarregado pela administração da justiça.

Prevalecia uma concepção meramente formal do direito de acesso à justiça. Na prática, apenas a burguesia ostentava condições econômicas para suportar as despesas processuais e tinha pleno acesso à tutela jurisdicional⁴⁸. A doutrina jurídica ocupava-se

⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da Reforma das Leis Processuais. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, ano IV, nº 36, Porto Alegre: Síntese, pp. 19-37, Jul./Ago. 2005, p. 20.

⁴⁷ Para exame mais detido das peculiaridades do Estado liberal e da transição para outros modelos, ver: BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade: Para uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2003; SANTOS, Boaventura de Sousa. (i) O Direito e a Comunidade: As Transformações Recentes da Natureza do Poder do Estado nos Países Capitalistas Avançados. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, nº 10, pp. 09-39, Dezembro de 1982; (ii) O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna: Para um Novo Senso Comum sobre o Poder e o Direito. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, nº 30, pp. 13-43, Junho de 1990; ADEODATO, João Maurício Leitão. Sobre um direito subdesenvolvido. In: *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. São Paulo: Brasiliense, v. XXI, p. 71-88, 1989; RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Martins Fontes, 2011; e, BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. Brasília: Ed. UNB, 1999.

⁴⁸ Humberto THEODORO JÚNIOR lembra que “no antigo regime aristocrático, nem mesmo poder judiciário autônomo existia e o autoritarismo dos detentores do governo fazia com que as normas procedimentais fossem inoperantes para satisfazer qualquer anseio de justiça. Tudo afinal se resumia num ato arbitrário de vontade do soberano ou de agentes subalternos que reproduziam com fidelidade sua vontade incontestável. A primeira grande conquista do Estado Democrático é justamente a de oferecer a todos uma justiça confiável, independente, imparcial e dotada de meios que a faça respeitada e acatada pela sociedade”. (Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da Reforma das Leis

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

tão-só com as questões técnicas e dogmáticas de um sistema jurisdicional indiferente aos problemas sociais que não ostentava autonomia.

Da neutralização política do poder jurisdicional resultava uma versão minimalista do direito de acesso à justiça, revelado como mera expressão do direito de acesso a um tribunal neutro, competente, exclusivamente, para aplicar a vontade do legislador impregnada na norma.

23. Quando da transformação do Estado liberal em Estado do bem-estar social o direito formal burguês foi submetido a um ritual de incorporação de valores e passou a disciplinar os processos sociais.

O modelo arcaico consagrado pelo liberalismo foi suplantado por um novo paradigma caracterizado pela quebra da neutralidade política dos tribunais em virtude da operante regulação jurídica das relações econômicas e sociais, e da imposição de uma atuação positiva solidarista e redistributiva da administração pública.

A atividade jurisdicional foi confrontada com catálogos programáticos inseridos em normas constitucionais⁴⁹, e a garantia do acesso efetivo ao sistema de justiça passou a ter importância no papel desempenhado “pelos movimentos sociais na mobilização real dos mecanismos judiciais disponíveis”⁵⁰.

24. Conquanto não seja recomendado sustentar a existência de distinções entre os institutos e princípios fundamentais do direito e do direito processual civil reverenciados nos ordenamentos da *civil law* e da *common law*, foi nos países adeptos do primeiro modelo que a temática do acesso à justiça relacionada com a prestação jurisdicional encontrou maior desenvolvimento, mormente, em virtude da consagração de um modelo garantista no qual a concreta proteção dos direitos fundamentais era

Processuais. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, ano IV, nº 36, Porto Alegre: Síntese, pp. 19-37, Jul./Ago. 2005, p. 20).

⁴⁹ A despeito do conteúdo social transmitido pelo Constitucionalismo Francês, as primeiras expressões dos direitos fundamentais positivadas em constituições escritas foram fortemente influenciadas pelo pensamento liberal-burguês predominante no século XVIII, fato que determinou o cunho individualista dos catálogos, que incorporaram, basicamente, direitos de defesa destinados a delimitar as fronteiras da esfera da autonomia individual em face do poder interventivo do Estado, o direito de igualdade formal e o direito ao devido processo legal. Apenas com o reconhecimento da existência de direitos e deveres sociais atribuíveis não só aos indivíduos, mas, especificamente, aos governos, comunidades e organizações de classe é que o paradigma ‘individualista’ e formalista começou a fraquejar.

⁵⁰ PUREZA, José Manuel. Justiça e Cidadania: para uma justiça mais democrática. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 54, pp. 47-53, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, junho 1999, p. 49.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

elencada como um dos principais objetivos do Estado e viabilizada pela edificação de um sistema instrumental capacitado para assegurar a distribuição igualitária da justiça⁵¹.

O aumento das exigências sociais provocou sobrecarga na atividade legislativa, deflagrou a ampliação do processo de intervenção estatal na órbita privada e a consequente publicização e expansão do direito para todas as dimensões da vida social⁵², repercutindo na consolidação e multiplicação dos direitos humanos e no recurso ao controle judicial como forma de proteger o cidadão do exercício arbitrário do poder e de garantir a efetividade dos seus direitos.

Originariamente concebida como aparelhagem indiferente à vida privada dos indivíduos e aos efeitos das relações mercadológicas na sociedade integrada a um Estado não intervencionista e neutro, a estrutura orgânica executora da função jurisdicional, autonomizada em grande parte dos Estados nacionais da atualidade, paulatinamente, tornou-se palco dos principais debates constitucionais e reivindicações políticas.

25. Até o advento do primeiro grande conflito mundial a atividade jurisdicional era tímida e politicamente indiferente às demais funções estatais. O apego ao princípio da legalidade e da subsunção racional-formal impedia o órgão julgador decidir sem observar a moldura legal, reduzindo a interpretação/aplicação do direito a uma técnica de subsunção lógica dos fatos às normas sem referências sociais, éticas, políticas, econômicas ou culturais.

A atividade jurisdicional materializava-se como mecanismo de reconstrução de uma realidade normativa prévia e plenamente constituída, concretizada no interior de um litígio do qual resultava decisão desprovida de validade geral, cuja instauração dependia da provocação de um órgão de jurisdição totalmente submetido ao império da lei, incumbido de velar pela segurança jurídica.

⁵¹ O acesso à justiça passou a ser defendido como meio para consecução dos objetivos sociais traçados nas Cartas Constitucionais. A igualdade perante a justiça e o direito de ação foram requalificados como expressões do direito humano fundamental à justiça que congrega a garantia da inafastabilidade do controle/tutela jurisdicional, da ampla defesa, da igualdade das partes e paridade de armas e do devido processo legal. (BERIZONCE, Roberto. O Efectivo acceso a la justicia. In: MORELLO, Augusto M.; BERIZONCE, Roberto, O.; HITTERS, Juan C.; NOGUEIRA, Carlos A. *La justicia entre dos epocas*. La Plata: Libreria Editora Platense, 1983, p. 6-9).

⁵² Fenômeno denominado por Werneck VIANNA e Marcelo BURGOS de juridificação do mundo da vida (Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 340).

Em Portugal e no Brasil, até o alvorecer do século XIX, o interesse pelo debate centrado na garantia do direito de provocar os órgãos judiciários, em caso de lesão ou ameaça a direitos, era inexistente ou inexpressivo. A maioria das questões judicializadas tinha cunho eminentemente patrimonial, o que tornava o direito um bem acessível quase que exclusivamente aos homens de posse, a garantia de acesso à ordem jurídica não ostentava o caráter de direito fundamental⁵³.

26. O crescimento da economia capitalista, para além de ter acirrado as desigualdades sociais, provocou o aumento da conflituosidade e o reconhecimento de novos direitos. Os órgãos judiciais, tradicionalmente acomodados a uma litigiosidade restrita e particularista submetida a uma justiça retributiva, encontraram dificuldades para ofertarem respostas efetivas às novas demandas fundadas em direitos até então não judicializados.

A neutralidade que afastou os Tribunais do discurso político e serviu de fundamento para consolidação da justiça distributiva como padrão valorativo de atuação dos poderes estatais⁵⁴, e a fragilidade institucional das Cortes Judiciais, resultante da submissão ao princípio da legalidade estrita e da subserviência aos outros poderes instituídos, responsável pelo excessivo apego ao tecnicismo prático materializado em rotinas formalmente rígidas, não subsistiram a essas novas condicionantes.

Politicamente emancipados, os órgãos jurisdicionais passaram a encabeçar o aparato estatal de legitimação da atividade legislativa dos demais poderes estatais, de modo a garantir que o ingresso e a vigência das normas produzidas se aprimorassem sem incongruências.

Enquanto peça indispensável no jogo do poder político estatal, a função jurisdicional, outrora posicionada no papel de mero espaço de aplicação do direito legislado, despontou como atividade encarregada pela distribuição de justiça pautada na

⁵³ SIFUENTES, Mônica Jacqueline. O Poder Judiciário no Brasil e em Portugal: reflexões e perspectivas. In: *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros – Cidadania e Justiça*. Rio de Janeiro: Publicação da Diretoria de Comunicação Social da AMB, ano 4, nº 8, pp. 95-112, 1º Semestre/2000.

⁵⁴ A concretização da justiça distributiva depende da efetivação da liberdade positiva pela imposição de prestações ao Estado que “assume assim a gestão da tensão que ele próprio cria entre justiça social e igualdade formal” (SANTOS, Boaventura de Sousa (Inv. Resp.), MARQUES, Maria Manuel Leitão, PEDROSO, João e FERREIRA, Pedro Lopes. *Os Tribunais na Sociedade Portuguesa: Enquadramento Teórico e Metodológico*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais – Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, vol. I, 1995, p. 1.11).

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

redução das desigualdades sociais e na realização ágil, eficaz, transparente e eficiente dos valores e princípios que integram o ordenamento jurídico.

Alçada à categoria de principal precursora do processo de centralização e racionalização da administração estatal, a atividade jurisdicional foi submetida a um processo de adequação à nova formatação das relações comerciais e de produção, e manipulada para servir como espaço de efetivação dos direitos individuais e coletivos, e de viabilização e concretização das políticas públicas direcionadas à promoção do acesso a uma ordem jurídica justa.

1.4. A Reviravolta Contemporânea.

27. Com a estabilização do Estado-Providência e a sagração dos direitos sociais e econômicos, o instrumentalismo jurídico passou a orientar o desempenho das funções públicas, a influenciar a atividade legislativa, e a servir de justificativa para a juridificação de todas as órbitas sociais.

As transformações sociais, econômicas e políticas que marcaram a virada para o século XIX, fizeram com que o capitalismo debutasse como novo paradigma jurídico e político⁵⁵. Ainda assim, as correntes utilitaristas deflagradas nesse período encontraram dificuldade para se estabelecerem na prática jurídica, notadamente, em razão do prestígio científico e moral dos adeptos do positivismo e da reserva estatal no domínio do direito.

A neutralidade do processo de aplicação do direito relativamente aos fatores sociais (e metajurídicos) somente foi superada a partir do momento em que a construção jurídica fincada na ideia de direito desvinculado do plano suprapositivo, não alcançou se legitimar por si mesma, diante da impossibilidade dos órgãos responsáveis pela interpretação/aplicação normativa se manterem indiferentes ao debate sobre os efeitos das contingências sociais e econômicas resultantes da desigualdade na distribuição de

⁵⁵ Boaventura de Sousa SANTOS classifica em três os períodos de desenvolvimento do capitalismo: o primeiro, do capitalismo liberal, cobre praticamente todo o século XIX e é caracterizado pelo surgimento do positivismo jurídico e pela redução do Direito ao Estado; o segundo, do capitalismo organizado, abrange o final do século XIX, atinge o apogeu no período entre as duas grandes guerras mundiais e nas duas primeiras décadas do pós-guerra, apresenta como diferencial o surgimento do Estado-Providência e do Fordismo; e, finalmente, o último, do capitalismo desorganizado, tem início no final dos anos 60 e persiste até os dias atuais, é caracterizado pela hipertrofia do princípio do mercado a ponto de desencadear a crise do direito regulatório. (In: *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência – para um novo senso comum – a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. São Paulo: Cortez, 2000).

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

oportunidades e riquezas, e na viabilização do acesso aos economicamente desfavorecidos aos meios jurídicos para a tutela equitativa dos seus direitos e interesses.

As doutrinas socialistas edificadas como reação aos graves problemas sociais e econômicos decorrentes do processo de industrialização respaldaram o reconhecimento de novos direitos e a outorga aos indivíduos da prerrogativa de demandarem do Estado atuações diretas no sentido de assegurar, por intermédio de prestações positivas, o exercício e a efetividade dos seus direitos.

28. A crise político-social deflagrada pelos Grandes Conflitos Mundiais fez com que as atenções se voltassem para o problema da inefetividade da prestação da tutela jurisdicional civil.

O debate sobre o acesso à justiça passa a encampar as aspirações por tutela jurisdicional rápida, consentânea com a ideia de justa realização e preservação dos direitos subjetivos, e de concretização de uma Justiça adaptável a todos os tipos de conflitos, independente da camada social e das condições pessoais dos envolvidos⁵⁶, administrada e executada por uma estrutura judicial/estatal capaz de cumprir satisfatoriamente a função de concretizar as normas.

Esse fenômeno, para além de transportar para o espaço discursivo da atuação jurisdicional questionamentos sobre os entraves ao acesso aos tribunais e a efetividade da tutela jurisdicional, impulsionou o movimento de reformas nos sistemas de administração da justiça focados na reestruturação dos órgãos judiciais, na modificação dos ritos processuais, na valorização dos meios não judiciais de composição dos conflitos e na virtualização do processo como alternativas para conferir celeridade, eficácia e eficiência aos procedimentos e à atividade jurisdicional, e ampliar as vias de acessibilidade ao direito e à justiça⁵⁷.

⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da Reforma das Leis Processuais. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, ano IV, nº 36, Porto Alegre: Síntese, pp. 19-37, Jul./Ago. 2005, p. 20.

⁵⁷ Sobre as transformações históricas do Judiciário enquanto poder, conferir: APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder Judiciário: Do Moderno ao Contemporâneo*. Porto Alegre: 1998; FARIA, José Eduardo e KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos Direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonad, 2000; MANSO, Richard. Democratização do Poder Judiciário. In: *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros – Cidadania e Justiça*. Rio de Janeiro: Publicação da Diretoria de Comunicação Social da AMB, ano 4, nº 8, pp. 88-94, 1º Semestre/2000; BURGELIN, Jean-François et LOMBARD, Paul. *Le procès de la justice*. France: Plon, 2003; SLAIBI FILHO, Nagib. *Reforma da Justiça*. Niterói: Impetus, 2005; e, DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

Novos direitos foram adicionados aos catálogos de direitos fundamentais inseridos nas Ordens Constitucionais e nos instrumentos pactícios internacionais⁵⁸. Os direitos humanos, requalificados como parâmetros valorativos para toda ordem jurídica, incorporaram força normativa vinculante para os Estados enquanto defensor privilegiado das liberdades individuais e responsáveis pela adoção de medidas positivas voltadas para redução das desigualdades sociais⁵⁹.

A sagração dessa nova perspectiva posicionou os indivíduos como responsáveis solidários pela consecução dos fins sociais, e evidenciou que os direitos e liberdades qualificados como fundamentais constituem garantias face ao Poder, dotadas de eficácia irradiante, também vocacionadas para a intensificação e ampliação da participação dos cidadãos na vida política⁶⁰.

29. No plano processual, estabilizou-se a concepção de que somente após a instauração da lide surge entre a parte e o Estado uma nova relação jurídica, originada

⁵⁸ Para maior detalhamento sobre a evolução dos sistemas de proteção dos direitos no plano jurídico internacional: MILLS, Alex. The Private History of International Law. In: *International & Comparative Law Quarterly*. Oxford: Oxford University Press, vol. 55, part 1, pp. 1-50, July 2006; MOREIRA, Adriano. *A Comunidade Internacional em Mudança*. São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1976; ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 1964; ROQUE, Sebastião José. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Hemus, 1997; HUSEK, Carlos Roberto. *Elementos de Direito Internacional Público*. São Paulo: Malheiros, 1995; Kelsen, Hans e CAMPAGNOLO, Umberto. *Direito Internacional e Estado Soberano*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2002; DOLINGER, Jacob. (i) *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Editora Luna, 1979; (ii) O Direito Internacional e sua Aplicação pelo Direito Brasileiro: Atualidades e Perspectivas. In: *Revista de Direito Internacional e Econômico*. São Paulo: IOB Síntese, nº 5, pp.42-52, Out-Nov-Dez/2003; VALLADÃO, Haroldo. *Democratização e socialização do direito internacional: Os impactos Latino-Americano e Afro-Asiático*. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1961; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. As novas perspectivas da soberania. Reflexos no direito interno, no direito internacional e no direito comunitário. In: TÓRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Estudos em Homenagem a Nelson Saldanha: Direito e Poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Barueri: Manole, pp. 335-389, 2005; ALMEIDA-DINIZ, Arthur J. *Novos Paradigmas em Direito Internacional Público*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995; LITRENTTO, Oliveiros. *A Ordem Internacional Contemporânea: Um estudo da soberania em mudança*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991; ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; SANDS, Philippe. *Traité, Couture, et Fertilisation Mutuelle du Droit International*. In: *Droit International 4 – Institut de Autes Etudes Intenationales de Paris*. Paris: A Pedone, pp.211-233, 1999/2000; e, SWINARSKI, Christophe. *Direito Internacional Humanitário: Como sistema de proteção internacional da pessoa humana (Principais noções e institutos)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

⁵⁹ Consolidou-se o entendimento de que “muito mais importante que a outorga de certos direitos formais e o reconhecimento de uma liberdade puramente jurídica é a actividade promotora de benefícios sociais e económicos que, facultando aos indivíduos os meios indispensáveis para gozar o seu quinhão de bens da vida, assegure uma liberdade efectiva” (ABRANTES, José João Nunes. *A Vinculação das Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 1990, p. 20).

⁶⁰ FARIA, Miguel José. *Direitos Fundamentais e Direitos Humanos*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Políticas e Segurança Interna, vol. 1, 2001, p. 94.

da violação do direito subjetivo material e do direito à obtenção de um provimento judicial capaz de sanar a ofensa, tornando inconfundíveis a relação material travada entre as partes diretamente, que pertence ao direito privado, e a relação processual instaurada entre a parte e o Estado, afeta ao direito público⁶¹.

A crise política e social que sucedeu aos conflitos mundiais, para além de colocar em evidência a obsolescência das estruturas estatais responsáveis pela prestação da tutela jurisdicional, estabilizou os programas de reformas processuais adotadas com o objetivo de viabilizar tutela jurisdicional mais efetiva, e assegurar a justa e célere realização ou preservação de direitos subjetivos.

O conceito de efetividade do processo passou a ser informado por uma ideia de Justiça moldável a todos os tipos de embates jurídicos, capaz de servir de lastro para a contenção de conflitos em todas as camadas sociais, e de justificar a atuação dos órgãos judiciais enquanto instituições habilitadas a assumirem, concreta e satisfatoriamente, a função de implementar a justa vontade da lei material com o menor custo e a maior brevidade possíveis.

Temas relacionados com a garantia do acesso à justiça, a instrumentalidade do processo e a efetividade da tutela jurisdicional assumiram papel de destaque no direito processual, estreitando, ainda mais, o seu relacionamento com o direito constitucional e consolidando o caráter publicístico do processo como instrumento de atuação da soberania estatal na promoção da tutela jurídica dos direitos⁶².

⁶¹ Para análise do debate sobre a constituição dogmática do direito processual, a evolução histórica da ciência processual e das ideias revisionistas fundadas na exigência de aceleração do processo: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Evoluzione della scienza processuale latino-americana in mezzo secolo. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Bologna: CEDAM, anno LIII (Seconda Serie) – nº 1, pp. 26 – 35, Gennaio - Marzo 1998, (propondo na América-Latina); RICCI, Gian Franco. Il processo civile fra ideologie e quotidianità. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Bologna: CEDAM, anno LIII (Seconda Serie) – nº 1, pp. 77 – 103, Gennaio - Marzo 1998; AROCA, Juan Montero. O Processo Civil no Século XXI – Tutela e Garantia. In: *Revista do CEJ – Número Especial - Primeira Jornada Internacional sobre Processo Civil e Garantia – Moção de Valência*. Coimbra: Almedina, nº 4, pp. 237-247, 1º Semestre 2006; VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito Processual Civil. Do antigo ao novo Código*. Coimbra: Almedina, 2005; e, ARAGÃO, E. D. Moniz de. O processo civil no limiar de um novo século. In: *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros – Cidadania e Justiça*. Rio de Janeiro: Publicação da Diretoria de Comunicação Social da AMB, ano 4, nº 8, pp. 50-66, 1º Semestre/2000.

⁶² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da Reforma das Leis Processuais. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, ano IV, nº 36, Porto Alegre: Síntese, pp. 19-37, Jul./Ago. 2005, p. 21.

Aos poucos, as Constituições democráticas, especialmente, as promulgadas nos sistemas de direito codificado, incorporaram catálogos de direitos fundamentais qualificados como princípios normativos essenciais à legitimação da atividade estatal.

A inclusão da garantia do acesso à justiça nesses catálogos, “como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”⁶³, foi respaldada pela radicalização do discurso sobre a efetividade da tutela jurisdicional.

30. É no Estado contemporâneo que o processo, enquanto instrumento estatal de administração da justiça alicerçado nos princípios da imediação e da oralidade, no respeito aos direitos fundamentais e na defesa da liberdade e da igualdade de todos os cidadãos, é posicionado entre as garantias de realização do Estado de Direito.

A tomada de consciência da necessidade de intervenção estatal para garantir o concreto acesso de todos aos meios de efetivação dos direitos consolidou-se na passagem do Estado burguês-liberal para o Estado social de direitos⁶⁴, foi orientada pelo processo de relativização dos direitos individuais e revelado no âmbito discursivo sobre o compartilhamento da responsabilidade pelo bem-estar comum entre o Estado e os demais atores sociais.

No plano jurisprudencial o intérprete/aplicador foi progressivamente liberado da submissão ao modelo de subsunção lógica à medida que se firmou o conceito de que, no Estado Social, a lei não se restringe a moldar e delimitar os direitos e as liberdades individuais nas relações públicas e privadas, mas, também se revela como mecanismo de planificação social que impõe ao intérprete/aplicador o manejo de técnicas de valoração que privilegiem a justiça do caso concreto de acordo com a razão jurídica e a ideologia unificada e reproduzida pelos Tribunais.

Essas mutações possibilitaram a dissolução das concepções baseadas na uniformidade da consciência jurídica, a pulverização da legislação com novas perspectivas normativas, o surgimento de jurisdições especiais e o enfraquecimento da jurisdição ordinária⁶⁵.

⁶³ CAPPELLETTI, Mauro, e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998, p. 12.

⁶⁴ Fenômeno que sofreu influência das concepções marxistas e de diversos documentos papais, a exemplo das Encíclicas *Rerum Novarum* (1891), *Quadragesimo Anno* (1931) e *Populorum Progressio* (1967).

⁶⁵ Para Franz WIEACKER, esse contexto de crise “não foi ocasionado apenas por uma insuficiência dos esforços da consciência jurídica, mas, mais do que isso, por uma modificação tempestuosa das

Nas sociedades altamente complexas e diferenciadas dos nossos dias, garantir o acesso à justiça é o mesmo que assegurar a plenitude do acesso às várias opções possíveis de revelação da justiça em cada situação concretamente considerada, num cenário em que a criação e a aplicação do direito pelo Estado aperfeiçoam-se substancialmente relacionadas com a idealização de normas fundamentais que possibilitem a concretização da justiça material⁶⁶.

31. A estabilização do Estado como afiançador da eficácia das garantias fundamentais e patrocinador do acesso ao direito e à justiça, lhe atribuiu novos deveres sociais dentre os quais, o de possibilitar o eficiente exercício pelos cidadãos, das prerrogativas e direitos qualificados com a nota de fundamentalidade.

Ocupado com a liberdade e o bem estar dos indivíduos, o Estado Social constitucionalizou metas e programas, e sob a ‘promessa’ de desempenhar atividades positivas com o objetivo de concretizar os direitos e assegurar condições mínimas de vida⁶⁷, assumiu o monopólio de legislar sobre as fórmulas jurídicas processuais e o poder de usar legitimamente a força para impor o cumprimento dos preceitos normativos.

Impulsionados por esse novo padrão, todos os sistemas jurídico-constitucionais do ocidente consagraram, com maior ou menor destaque, o acesso ao direito e à justiça como categoria normativa orientada pelos princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional, e do contraditório e da ampla defesa, conferindo tratamento inovador aos princípios do dispositivo e da equalização dos ritos orais e escritos, mediante a

circunstâncias sociais, econômicas e técnicas da vida em comum dos homens cuja estabilidade é muito favorável, como o demonstram todas as experiências históricas, a uma cultura jurídica duradoura. Uma vez que a natureza do homem não se modificou de forma decisiva, esta situação deve ser compreendida como uma crise das relações inter-humanas. Não foi, portanto a consciência pessoal – que, segundo a nossa convicção, se manteve a mesma pelo menos desde o ingresso do actual tipo humano nas primeiras grandes culturas –, mas as condições sociais, que modificaram muito rapidamente; só através de formas sociais mais clarificadas e duradouras se poderá, assim, superar a crise” (*In: História do Direito Privado Moderno*. Tradução de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 714).

⁶⁶ Antes regida com base em doutrinas políticas fundadas em postulados éticos, tais como o liberalismo e o socialismo, que almejavam a seu modo o bem comum, a sociedade contemporânea, atrelada a um contexto neoliberal que permite apenas adesão, conformismo e apatia, além de abandonar a perspectiva de limitação de poder, omite-se em viabilizar o aperfeiçoamento da dignidade humana (RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Modernidade e Direito*. In. *Revista da Associação Paulista do Ministério Público*. São Paulo: Takano, nº 3, ano 1, pp. 13-15, fev. /1997).

⁶⁷ SARMENTO, Daniel. *Constituição e Globalização: A Crise dos Paradigmas do Direito Constitucional*. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 215, pp. 18-34, jan./mar. 1999, p. 18.

disciplina da participação das partes na instrução probatória, da distribuição dos papéis entre os litigantes e o julgador e da publicidade dos debates.

32. Os movimentos reformistas encetados na maioria dos sistemas ocidentais, ao tempo em que tornaram os órgãos jurisdicionais visíveis no cenário social e político, transformaram os desdobramentos externos das decisões judiciais em critérios de aferição da concretização da justiça.

O abandono da neutralidade política resultou na transformação das Cortes Judiciais em espaços de promoção da efetividade dos direitos, de aproximação entre as normas ordinárias os princípios constitucionais e a realidade social, e de garantia de uma tutela eficiente e expedita dos direitos de cidadania⁶⁸.

Presenciou-se em alguns sistemas jurídicos do ocidente o desencadear de um período de informalização do direito e da administração da justiça⁶⁹ com ênfase no resgate, valorização e criação de mecanismos informais de resolução de litígios, na abertura dos sistemas de tutela jurisdicional à participação de mediadores, árbitros ou conciliadores sem formação jurídica e desprovidos de poder de coerção, e na adoção de

⁶⁸ No Brasil, para superar as contingências resultantes da inconciliabilidade entre a igualdade formal e as exigências da justiça social numa realidade repleta de desigualdades, as decisões *prater legem e contra legem* passaram, em algumas regiões, a serem legitimadas como expressão de uma atividade desenvolvida para possibilitar o acesso ao direito e à justiça e o alargamento da proteção dos interesses coletivos e difusos, a partir do recurso às teses professadas pelos defensores do direito alternativo. Para maior exame sobre a escola do direito alternativo na ordem jurídica brasileira, conferir: ADEODATO, João Maurício Leitão. Para uma Conceituação do Direito Alternativo. In: *Revista de Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, nº 1, pp. 157-174, 1992; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1992; CARVALHO, Amilton Bueno de, e CAPILLONGO, Celso Fernandes. *Direito Alternativo na Jurisprudência*. São Paulo: Acadêmica, 1993; COELHO, Luiz Fernando. (i) Do Direito Alternativo. In: *Revista de Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, nº 1, pp. 9-18, 1992; (ii) *Uma teoria crítica do direito*. Porto Alegre: Fabris, 1991; ROSA, Felipe Augusto de Miranda. *Sociologia do Direito. O Fenômeno Jurídico como Fato Social*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1984; SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange. *Sociologia do Direito*. São Paulo: EDUSP, 1981; TELLES JÚNIOR, Goffredo. O Chamado Direito Alternativo. In: *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*. São Paulo: Serviço Técnico de Imprensa da Universidade de São Paulo, vol. 94, pp. 73-80, 1999; WARAT, Luís Alberto e PÊPE, Albano Marcos Bastos. *Filosofia do Direito uma Introdução Crítica*. São Paulo: Moderna, 1996; CLÈVE, Clemerson Merlin. Uso Alternativo do direito e saber jurídico alternativo. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo (Org.). *Lições de direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1991, p. 99-120; KATO, Shelma Lombardi de. A crise do direito e compromisso da libertação. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e Justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática, p. 167-184, 1997; SOUTO, Cláudio. Direito alternativo: em busca de sua teoria sociológica. In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, n. 7, p. 49-106, 1995; e, CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução dos conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 326, p. 121-130, Mar./Jun., 1994.

⁶⁹ A consolidação nas mãos do Estado nacional do monopólio da administração da justiça formal e o expurgo das ordens judiciais não oficiais foi um dos principais legados do que se convencionou chamar “modernidade”.

técnicas procedimentais descomplicadas nas quais os próprios titulares de interesses em conflito produzem e formulam diretamente a defesa das suas pretensões.

Provocado, sobretudo, por fatores econômicos⁷⁰, esse processo não se aperfeiçoou como resultado de um esforço conjunto para democratizar a justiça, mas despontou como fórmula estatal de manipulação dos poderes sociais informais a fim de cooptá-los e posicioná-los a seu serviço, gerando o que se pode denominar ‘justiça oficial informal’⁷¹, de modo a possibilitar a relativização do campo da juridicidade oficial e permitir a coexistência, ao lado do sistema normativo estatal, de ordens jurídicas não oficiais, bem como a flexibilização do direito posto, mediante a admissão de interpretações inovadoras não submissas às fronteiras jurídicas legalmente fixadas (porosidade).

33. A crise do Estado da providência social, deflagrada no início dos anos oitenta do século XX tornou evidente a incapacidade dos Estados nacionais para promoverem o bem-estar social, principalmente, em virtude da carência de recursos materiais para movimentar, de forma eficiente, a máquina burocrática edificada para atender as exigências sociais.

Afetados pela falta de recursos financeiros, pelo aumento exponencial da litigiosidade e dos custos do processo, e pela morosidade procedimental, os Órgãos Jurisdicionais, enquanto instituições oficiais de composição dos conflitos foram expostos à intensa crítica.

A despeito do considerável interesse teórico e político despertado pela identificação das causas da inacessibilidade e dos instrumentos capazes de obstá-las, demonstrado desde a segunda metade do século XX, nomeadamente, a partir do desenrolar das investigações encetadas no âmbito do Projeto Florença encabeçado por

⁷⁰ Por trás da informalização evidencia-se o interesse de expungir dos tribunais os litígios de pequena repercussão econômica e repetitivos, onerosos para o Estado, e desinteressantes, em termos financeiros, para os advogados. Como assevera Pedro Bacelar de VASCONCELOS, “o poder judicial actua, exerce-se, mas as condições de mudança do próprio poder judicial estão fora dele, estão nas políticas de justiça sob a alçada da representação democrática e do executivo por ela legitimado” (In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, nº 54, pp. 55-58, junho 1999, p. 56).

⁷¹ Para Boaventura de Sousa SANTOS, ao informalizar a justiça, o Estado “tenta cooptar o poder coercitivo, produzido no desenrolar das ‘relações sociais continuadas’ articulando explicitamente o poder estatal com o poder emergente das relações sociais mantido fora do seu alcance (...). Consegue, por esta via, controlar as ações e relações sociais dificilmente reguláveis por processos jurídicos formais (...), expande-se através de um ‘governo indirecto’, uma forma política semelhante ao ‘indirect rule’ que o colonialismo inglês adoptou para diminuir os custos da administração do império” (O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna: para um Novo Senso Comum sobre o Poder e o Direito. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, nº 30, pp. 13-45, junho 1990, p. 24-25).

Mauro Cappelletti, as medidas concretas idealizadas não produziram modificações substanciais na prática jurisdicional.

Atrelados a um conservadorismo institucional e à subserviência a interesses políticos e de classes, os órgãos jurisdicionais continuaram a impor austeridade formal no exame da admissibilidade das pretensões, e a conferir maior importância à quantidade dos julgados do que a qualidade da tutela efetivamente deferida⁷².

35. A complexificação dos litígios carrou para o plano da atividade jurisdicional a necessidade de dotar os seus executores de conhecimentos técnicos sofisticados, aos quais não estavam habituados, o que tornou a atuação judiciária cível ainda mais deficitária⁷³.

Nos países marcados por amplas desigualdades sociais, onde os direitos básicos de primeira geração e os direitos políticos são precários e de baixa concretização, a independência dos tribunais é contingente e submete-se à neutralidade política arrimada no domínio do princípio da legalidade estrita, da subsunção lógica e da inércia judicial⁷⁴.

O processo de democratização das sociedades submetidas a esse regime, mormente, na América Latina e no Continente Africano, provocou uma onda de

⁷² Para Celso Antônio Bandeira de MELLO, o “movimento agressivo ao Estado Providência e, consequentemente a conquistas da cidadania estribou-se em uma gigantesca campanha publicitária denominada “globalização”, que preconizou um conjunto de providências concretas representativas do chamado “neoliberalismo” e, portanto, adverso às concepções inspiradoras do Estado Providência. Por meio dela, revestidas do caráter de análises político-econômicas, foram vendidas, com os mais sofisticados ingredientes de *merchandising*, as “palavras de ordem”: “reforma do Estado”, para reduzi-lhe a atuação a um mínimo; “privatização”, para passar a mãos privadas a titularidade ou meramente a prestação de serviços públicos; “flexibilização” da legislação protetora dos economicamente hipossuficientes e irrestrita abertura dos mercados” (A Defesa da Cidadania nos Quadros Regional e Mundial. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, nº 4, pp. 1- 12. Belo Horizonte: Del Rey, jul./dez. 2004, p. 5).

⁷³ A ineficiência dos órgãos jurisdicionais em atender, em tempo razoável e de forma útil, a avalanche interminável de pretensões revela-se, atualmente, no descrédito nas instituições e na perpetuação da insegurança. Parece que regredimos ao tempo em que a justiça era expressão de privilégio de alguns, mesmo se a tratarmos como produto do exercício do poder jurisdicional. A experiência tem demonstrado que são poucos os que se habilitam a alcançá-la, a maioria dos que a procuram, esbarram na inaptidão para suportar os encargos naturais do litígio, seja em virtude da impossibilidade de suportar os seus efeitos econômicos, seja porque, por fatores externos a sua vontade, não lhes foi franqueada a paridade de tratamento.

⁷⁴ Nos regimes liberais “o controle político tende a ser exercido pela exclusão dos tribunais das áreas de litigação que contam politicamente para a sobrevivência do sistema e das formas de intimidação difusa que criam sistemas de autocensura. O objetivo é reduzir a independência à imparcialidade do juiz perante as partes em litígio e garantir a lealdade passiva dos magistrados ao regime” (SANTOS, Boaventura de Sousa (Inv. Resp.), MARQUES, Maria Manuel Leitão, PEDROSO, João e FERREIRA, Pedro Lopes. *Os Tribunais na Sociedade Portuguesa: Enquadramento Teórico e Metodológico*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais – Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, vol. I, 1995, p. 1.28).

assimilação e constitucionalização imediata de direitos que até então só encontravam condições de concretização nas sociedades mais desenvolvidas, cujo conhecimento e contenção foram conferidos à estrutura judiciária tradicional, historicamente engessada e submissa aos demais poderes constituídos, e acostuada a uma atuação rotinizada, avessa ao concepção de justiça distributiva, desaparelhada e atada a um direito processual antiquado.

O controle político exercido sobre a atividade judicial por intermédio da transferência de competências, da gestão financeira indireta dos tribunais e da ingerência nas formas de seleção dos seus integrantes, consolidou-se como principal fator de interferência das forças políticas no desempenho da função jurisdicional e de fragilização da independência dos órgãos que a concretizam⁷⁵.

36. A natureza da conflituosidade e o padrão de consumo da justiça passaram a ser aferidos pelo nível de desenvolvimento social e econômico e pela cultura jurídica preponderante, revelada nas interações sociais e na atividade estatal interventiva⁷⁶, fatores que foram convolados em justificativas para as reformas sistêmicas adotadas com a finalidade de adaptar a oferta judicial às variações da demanda por tutela jurisdicional.

Nos Estados submetidos a um modelo capitalista forte, a acessibilidade é afetada pelos custos financeiros, temporais e sociais do processo, especialmente, nos litígios de pouca repercussão econômica, nos quais o funcionamento do instrumental habilitado para prestar a tutela jurisdicional exige a assunção de despesas bem superiores às utilidades econômicas perseguidas, que podem ser majoradas pela morosidade dos procedimentos⁷⁷.

⁷⁵ No modelo estatal reverenciado no ocidente o “poder político concentrado, tradicionalmente assente numa pequena classe política de extracção oligárquica, soube ao longo dos anos criar imunidade jurídicas e fáticas que redundaram na impunidade geral dos crimes cometidos no exercício de funções políticas” (SANTOS, Boaventura de Sousa (Inv. Resp.), MARQUES, Maria Manuel Leitão, PEDROSO, João e FERREIRA, Pedro Lopes. *Os Tribunais na Sociedade Portuguesa: Enquadramento Teórico e Metodológico*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais – Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, vol. I, 1995, p. 1.31).

⁷⁶ Entende-se por cultura jurídica o conjunto de concepções jurídicas e de orientações a valores e a interesses capazes de configurar padrões de comportamentos e atitudes face aos direitos e face às instituições que produzem, aplicam e garantem a tutela dos direitos.

⁷⁷ Nos sistemas que adotam um modelo de ordenamento jurídico liberal do tipo racionalista, a estrutura normativa é visualizada como conjunto perfeito e completo de normas aplicáveis por intermédio de decisões judiciais resultantes de um juízo meramente subsuntivo.

As classes economicamente frágeis, no plano civil, são expostas a uma justiça mais cara, os cidadãos que as integram, por não terem acesso à instrução, tendem a não conhecer os seus direitos e, por conseguinte, a não identificar os problemas jurídicos que os afetam.

Mesmo quando os reconhecem, hesitam em postular a tutela dos seus interesses, quer em virtude da desconfiança que nutrem com relação ao mundo jurídico, quer em decorrência da insegurança resultante da situação de dependência geral na qual são enclausurados, quer pelo fato de não saberem como contatar quem lhes preste assistência jurídica, ou não terem condições econômicas para fazê-lo⁷⁸.

1.4.1. Sagração do acesso ao direito e à justiça como norma de direito fundamental nas ordens constitucionais contemporâneas.

37. Ao tomar para si a atribuição de produzir normas, o Estado nacional suplantou o modelo corporativo da sociedade feudal instituindo um sistema burocrático de administração dos interesses e de execução dos comandos legais e precedentes. Sob a influência do liberalismo, assumiu o compromisso de responder aos anseios de participação política dos cidadãos e proporcionar a criação de instrumentos eficientes para garantir o exercício da cidadania⁷⁹.

Com o alargamento das formas de participação representativa e a identificação de novos sujeitos de direitos, sagrou-se como gestor da ordem social e econômica e principal promotor do bem-estar da população e da inclusão social das classes menos favorecidas, responsabilizando-se pela prestação dos serviços públicos essenciais à viabilização do acesso à proteção estatal, independentemente da renda ou produção do indivíduo⁸⁰.

⁷⁸ Boaventura de Sousa SANTOS pondera que “a discriminação social no acesso à justiça é um fenómeno muito mais complexo do que à primeira vista pode parecer, já que, para além das condicionantes económicas sempre mais óbvias, envolve condicionantes sociais e culturais resultantes de processo de socialização e de interiorização de valores dominantes muito difíceis de transformar”. (Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 21, pp. 1-37, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, novembro 1986, p. 21-22).

⁷⁹ Cf.: WENGOROVIVUS, Vitor. Comentário ao Artigo Introdução à Sociologia da Administração da Justiça de Boaventura de Sousa Santos. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, nº 21, pp. 42-44, Novembro 1986.

⁸⁰ Identificado com a doutrina jusnaturalista dos direitos do homem e com a concepção de que o governo das leis supera o dos homens, o Estado ocidental admitiu que seus poderes e funções fossem regulados e delimitados por normas gerais, tolerou a constitucionalização dos direitos naturais e a idealização de instrumentos capazes de obstar o manejo abusivo e ilegítimo do poder. Sobre o assunto, conferir:

A ideia de acesso equitativo ao direito e à justiça, maturada a partir da concepção de igualdade de todos perante a lei, edificada no período iluminista, e das teses humanistas fundadas no bem-estar social, impregnou os catálogos de direitos fundamentais das Cartas Constitucionais revelando-se ora como garantia de acesso à tutela jurisdicional, ora como meio que viabiliza a oposição aos abusos praticados no exercício do poder estatal⁸¹.

A qualificação do seu conteúdo como enunciado dotado de fundamentalidade aperfeiçoou-se como produto da construção de um Estado Constitucional de Direito fundado no entendimento de que a existência de direitos individuais oponíveis contra todos e garantidos por órgãos estatais incumbidos de prestar a tutela jurisdicional, somente tem consistência se a efetivação desses direitos for instrumentalizada por mecanismos processuais eficientes e aptos para protegê-los e efetivá-los, numa realidade onde a proteção da dignidade da pessoa (humana) seja tratada como fator determinante da atuação estatal e do comportamento dos grupos sociais.

38. Do exame do conteúdo das Cartas Políticas e das Leis de Natureza Constitucional adotadas na atualidade, em especial, das nações que têm afirmado adesão ao constitucionalismo garantista que orienta a maioria dos regimes políticos ocidentais dos nossos dias, é possível constatar que, conquanto figure em todos os Tratados e Convenções que disciplinam os direitos humanos, alguns Estados ainda resistem em promover a inclusão do acesso à justiça nos catálogos de direitos fundamentais⁸² idealizados no plano doméstico.

Certas Constituições, além de não incorporarem o enunciado, se omitiram em disciplinar uma estrutura judicial capaz de possibilitar o mínimo de acessibilidade aos

FIGUEIREDO, Ivanilda. *Políticas Públicas e a Realização dos Direitos Sociais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006; e RANIERI, Nina Beatriz. Do Estado Liberal ao Estado Contemporâneo. Nota sobre os processos de exaustão dos modelos políticos e da ordem jurídica. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 36, ano 9, pp. 135-161, jul./set 2001.

⁸¹ Na atualidade, a promoção do acesso ao direito e à justiça é considerada como escopo que integra a pauta fundamental de todas as sociedades democráticas, o meio mais comum usado para facilitar aos justiciáveis o acesso à justiça, tem sido a ajuda financeira fornecida pelo Estado ou por organizações privadas mediante a remuneração de advogados ou assistentes jurídicos. (STÜRNER, Rolf. *Procédure Civile et Culture Juridique*. In: *Revue Internationale de Droit Compare (Revue Trimestrielle publiée avec le concours du CNRS et sous les auspices du Centre Français de Droit Compare)*. Paris: France-Quercy – Société de Législation Comparée, année 56, nº 4, pp. 797-824, Octobre-Décembre 2004, p. 817).

⁸² A pesquisa do conteúdo das Constituições e Leis Constitucionais foi realizada, com maior ênfase, no sítio da internet *confinder.richmond.edu* mantido pela T.C. Williams School of Law da University of Richmond.

mecanismos de determinação dos direitos e obrigações civis, é o que se verifica dos textos das Cartas Constitucionais de Cuba (1976), Djibuti (1992), Brunei (1984), e Líbano (1926).

Alguns Diplomas Fundamentais, embora não tenham incorporado expressamente o acesso ao direito e à justiça cível como categoria normativa específica, recepcionaram um conjunto de princípios ordenadores da administração da justiça de modo a viabilizar a acessibilidade como consequência lógica da sua operacionalização. Nessa classe posicionam-se as nações que elegeram molduras multifformes para o enunciado do acesso ao direito⁸³.

39. Outros países adotaram enunciados vagos e imprecisos de maneira a permitir que apenas por intermédio de construção hermenêutica seja possível abstrair a existência no conjunto sistêmico das normas de cunho fundamental, do direito de acesso à justiça. É o que se depreende da Constituição dos Estados Unidos (1787 - Emenda 14,

⁸³ Nesta classe posicionam-se as Constituições da Áustria (1848), artigos 80 a 94 e 121 a 148; Bélgica (1831), artigos 144 a 149 e 152; Dinamarca (1849), artigos 62 a 65; França (1958), artigos 64 a 68; Alemanha (1949), artigos 92 a 104; Grécia (1975), artigos 7.4, 17.4, 8 e 25.1 e 2, e 87 a 93; Irlanda (1937), artigos 34 e 35; Luxemburgo (1868), artigos 84 a 95; Holanda (1840), artigos 112 a 122; China (1982), artigos 123 a 135; Afeganistão (1382, do calendário islâmico), artigos 7º, 58 e 116 a 135; Peru (1993), artigos 139º a 157º; Chade (1996), artigos 146 a 181; Costa Rica (1949), artigos 99 a 104 e 152 a 167; Croácia (1990), artigos 117 a 123; República Tcheca (1992), artigos 81 a 96. Integra, também, esta categoria, a Lei Fundamental da Suécia sobre a Forma de Governo (1974), artigos 1º a 13º, do Capítulo 11, e as Constituições da Estônia (1992), § 146 a § 153; Bahrain (1973), artigos 101a103; Bangladesh (1972), artigos 94 a 117; Benin (1990), artigos 114 a 147; Bulgária (2005), artigos 117 a 152; República Centro Africana (1995), artigos 70 a 78, e artigos 73 a 86 do Projeto adotado pelo Conselho Nacional de Transição (2001); Comoros (2001), artigos 28 a 35; Congo – Brazzaville (1992), artigos 126 a 137; República Democrática do Congo (2006), artigos 149-169; Granada (1973), artigos 101 a 105; Quênia (1963), artigos 60 a 69; Quiribati (1979), artigos 80 a 97; Quirquístão (2010), artigos 79 a 90; Gabão (1991), artigos 67 a 93; Gâmbia (1997), artigos 120 a 148; Ilhas Cook (1965), artigos 47 a 63; Dominica (1978), artigos 193 a 107; República Dominicana (2002), artigos 63 a 77; El Salvador (1983), artigos 172 a 194; Micronésia (1975), artigo XI, seções 1 a 11; Mônaco (1962), artigo 88 e seguintes; Marrocos (1996), artigos 82 a 92; Mianmar (2008), artigos 293 a 336; Nepal (2063) artigos 100 a 118; Noruega (1814), artigos 86 a 91; Oman (Lei Básica de 1996), artigos 59 a 71; Paquistão (1999) artigos 175 a 212; Palau (1979), artigo X, seções 1 a 14; Panamá (1972), artigos 198-215; Papua Nova Guiné, artigos 154 a 208; Paraguai (1992), artigos 247 a 275; Austrália (Lei Constitucional – Judiciary Act) artigos 71 a 80; Camarões (1996), artigos 37 a 53; Índia (1949), artigos 124 a 147; Indonésia (1945), artigos 24 e 25; Israel (Lei Básica de 1984).; Jordânia (1952), artigos 27 e 97 a 109; Kuwait (1962), artigos 162 a 173; Liechtenstein (1921), artigos 95 a 105; Lituânia (1992), artigos 102 a 118; Malásia (1957), artigos 121 a 131; Mali (1992), artigos 81 a 90; Mauritânia (1991) artigos 89 a 93; Nova Zelândia (Lei Constitucional de 1986), artigos 23 a 29; Polônia (1997), artigos 173 a 201; Porto Rico (1952), artigo V e seções 1 a 13; Senegal (2001), artigos 88 a 94; Eslovênia (1991), artigos 125 a 137; Suriname (1987), artigos 131 a 148; Tajiquistão (1994), artigos 84 a 92; Tonga (1875), artigos 138 a 154; Trinidad e Tobago (1976), artigos 90 a 111; Tunísia (1983), artigo 138 a 154; Turquemenistão (1992), artigos 99 a 113; Tuvalu (1986), artigos 119 a 136; Uganda (19995), artigos 126 a 150; Ucrânia (1996), artigos 126 a 131; Emirados Árabes Unidos, artigos 94 a 109; Uruguai (1967), artigos 233 a 261; Uzbequistão (1991), artigos 106 a 116; Vietnam (1992), artigos 126 a 136; Zimbábue (2007), artigos 79 a 92; e, Cazaquistão (1995), artigos 75 a 84.

Seção 1), em que a garantia somente é aferível pela via de trabalho interpretativo focado nos princípios do devido processo legal e da proteção jurídica.

O mesmo se infere da Carta da Argentina de 1994, cujo artigo 18 respalda como inviolável a defesa dos direitos; do Azerbaijão, em que o Texto Fundamental de 1978, no artigo 71, fixa como dever do Corpo Judicial proteger os direitos humanos e civis; do Haiti, onde a Constituição de 1987, no artigo 173, estabelece que as contestações que tenham direitos civis por objeto devem ser conhecidas e decididas, exclusivamente, pelos tribunais; e da Constituição das Maldivas, de 2008, cujo artigo 56 chancela o direito de acesso apenas na expressão da garantia do duplo grau de jurisdição das sentenças que cuidam de litígios civis.

Nesse grupo também se inserem as Constituições que, a despeito de não estatuírem expressamente o direito de acesso à justiça, disciplinam competências, conferem atributos às autoridades responsáveis pela prestação da tutela jurisdicional e regulamentam a prática de atos processuais com o objetivo de resguardar a integridade, validade, eficácia e presteza dos julgados⁸⁴.

40. A maioria das Constituições contemporâneas consagra o acesso à justiça como elemento indissociável do Estado de Direito, ora recepcionando expressamente os Tratados e Convenções Internacionais ou Comunitárias/Regionais que o disciplinam como direito humano fundamental⁸⁵, ora estatuinto enunciados específicos que disciplinam o direito de acesso à tutela jurisdicional,⁸⁶.

⁸⁴ É o que se infere das Leis Fundamentais de Antígua e Barbuda (1981), artigo 15; Belize (1981), artigo 6; Bermuda (1968) Seção 6.(8); Barbados (1966) artigo 18.8; Botsuana (1966), artigo 10.(9); Gâmbia (1997), artigo 24 (1); Guiana (1980), artigo 144.(8); Lesoto (1993), artigo 12.(8); Serra Leoa (1991) artigo 23.(2); Seychelles (1993) artigo 7; Bahamas (1973), artigo 20.(8); Mauritius (1968), artigo 9.(8); Ilhas Salomão (1978), artigo 10.(8); e, Malta (1964), artigo 39, que, em virtude de laços históricos adotaram disposições idênticas. O mesmo se depreende do exame da Legislação de Relevância Constitucional do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte (Human Rights Act de 1998), artigo 6; e das Constituições da Islândia (1944), artigo 70; Namíbia (1990), artigo 12; Samoa Ocidental (1960), artigo 9. (1); Nigéria (1999), Artigo 36.(1); Nauru (1969), artigo 10.(9); e Ilhas Virgens (2007), artigo 16.(9), que também utilizaram disposições assemelhadas. Idêntica conclusão se infere das Cartas Constitucionais da Jamaica (1962), artigo 20; Gana (1992), artigo 19 (13); Bolívia (2009), artigo 115; Ilhas Cayman (2002), art. 8.(9); Chile (1996), artigo 73; Kosovo (2008), artigo 31; Libéria (1986), artigo 20; Montenegro (2007), artigo 32; e Albânia (1994), artigo 58.

⁸⁵ É o caso das Cartas da Bósnia-Herzegovina, de 1995, no artigo II, 2 e 3, e da Nicarágua, de 2007, no seu art. 46.

⁸⁶ Como se infere das Constituições do Brasil (1988), artigos 5º, incisos XXXV, LV, LXXVII; Chipre (1960), artigo 30; Geórgia (1995), artigo 42; Letônia (1922), artigo 92; Líbia (1969), artigo 30; Catar (2003), artigo 135; Sudão (2005) artigo 35; Turquia (1982), artigo 36; Iêmen (1990), artigo 50 e do Canadá (Lei Constitucional de 1982), artigo 24.(1). Nesta classe, ainda estão inseridas as Constituições ou Leis com força constitucional da Finlândia (1999), artigo 21; Itália (1948), artigo 24; Portugal (1976),

Apesar desses avanços, a chancela constitucional do acesso à justiça como direito fundamental, em muitos países, não tem produzido efeitos satisfatórios, sobretudo, onde as desigualdades sociais são mantidas por questões de ordem política, religiosa ou econômica, e nos Estados onde o enunciado não encontra condições de efetividade plena em razão da natureza do regime político adotado.

1.4.2. Evolução do Modelo Luso-Brasileiro.

41. Em Portugal, a mudança de paradigmas teve início com o advento da Constituição de 1822 que, apesar de não disciplinar o direito de acesso aos tribunais, traçou as linhas mestras para a administração de uma justiça civil igualitária ao erradicar privilégios de foro, garantir a independência dos juízes e permitir o reexame recursal apenas das causas de maior repercussão econômica.

A Constituição de 1826, embora não tenha inovado em matéria de garantia da acessibilidade à justiça, para além de assegurar o duplo grau de jurisdição e a estabilidade das decisões judiciais, previa a instituição do júri popular para decidir causas cíveis.

A Carta de 1838 consagrou o exercício do direito de petição, sem, contudo, tratá-lo como fórmula de viabilização do acesso ao direito e à justiça. A Constituição Republicana de 1911, ao lado da expressa normatização do princípio do juiz natural, recepcionou enunciados que permitiam a identificação da garantia do contraditório e do tratamento isonômico como elementos essenciais à boa administração da justiça, moldura que não foi alterada pela Constituição de 1933.

Somente com a promulgação da Carta Constitucional de 1976 houve a expressa constitucionalização do enunciado do acesso ao direito e à justiça, positivado no artigo

artigo 20º; Espanha (1978), artigo 24; África do Sul (1993), artigo 33; Principado de Andorra (1993), artigo 10; Japão (1946), artigo 32; Honduras (1982), artigo 82; Equador (2008), artigo 76; Timor Leste (2002), artigo 26º; Fiji (1997), Seção 29 (2) e (3); Angola (1992), artigo 43; Malaui (1994), artigo 41; Etiópia (1994), artigo 37; Bielorrússia (1994), artigo 61; Burkina Faso (1991), artigo 4; Cabo Verde (1992), artigo 21º; Colômbia (1991), artigo 299; Guatemala (1985), artigo 29; Guiné-Bissau (1984), artigo 30; Irã (1979), artigo 34; Costa do Marfim (2000), artigo 20; Ilhas Marshall (1979), Seção 14. (1); México (1917), artigo 17; Moçambique (1990), artigo 62; Romênia (1991), artigo 21; Rússia (1993), artigos 46 e 47; São Tomé e Príncipe (2003), artigo 19º; Arábia Saudita (1992), artigos 43 e 47; Sérvia (2006), artigos 32 e 36; Eslovênia (1991) artigo 13; Suíça (1999), artigos 29º e 30º; Venezuela (1991) artigo 26º; Egito (1980) artigo 68, e Filipinas (1987), Artigo III, seção 11.

20º⁸⁷, que assegurava o acesso aos tribunais para defesa dos direitos, vedando a denegação da justiça por insuficiência de meios econômicos.

Este dispositivo, em virtude da necessidade da adequação do seu teor à moldura convencionada no âmbito europeu, foi sucessivamente reformulado, em sede de revisão, pelas Leis Constitucionais nºs, 1/82, de 30 de Setembro⁸⁸, 1/89, de 8 de Julho⁸⁹, e 1/97, de 20 de Setembro⁹⁰.

42. Apesar da histórica influência do direito constitucional português na construção do constitucionalismo brasileiro, a normatização do acesso ao direito e à justiça no Brasil não se concretizou nos moldes evidenciados no âmbito europeu⁹¹. A

⁸⁷ Artigo 20.º (Defesa dos direitos) 1. A todos é assegurado o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.

⁸⁸ Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro. 1 - A epígrafe do artigo 20.º é substituída por: (Acesso ao direito e aos tribunais) 2 - É aditado ao artigo 20.º um novo n.º 1, com a seguinte redacção: 1. Todos têm direito à informação e à protecção jurídica, nos termos da lei. 3 - O n.º 1 do artigo 20.º passa a constituir o n.º 2 do mesmo artigo. 4 - O n.º 2 do artigo 20.º passa a constituir o novo artigo 21.º, com a seguinte epígrafe: (Direito de resistência).

⁸⁹ Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de Julho - 1 - O n.º 1 do artigo 20.º passa a n.º 2 do mesmo artigo, com a seguinte redacção: 2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas e ao patrocínio judiciário. 2 - O n.º 2 do mesmo artigo passa a n.º 1, com a seguinte redacção: 1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legítimos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.

⁹⁰ Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro 1 - A epígrafe do artigo 20.º da Constituição é substituída por “(Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva)”. 2 - No n.º 1 do mesmo artigo a expressão “legítimos” é substituída por “legalmente protegidos”. 3 - Ao n.º 2 do mesmo artigo é aditada, in fine, a expressão “e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade”. 4 - São aditados ao mesmo artigo três novos n.os 3, 4 e 5, com a seguinte redacção: “3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça. 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. 5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos”. Resultando na seguinte redacção: Artigo 20º - (Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva) 1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos. 2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade. 3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça. 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. 5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.

⁹¹ Para melhor compreensão da forte influência do constitucionalismo Português na construção e evolução constitucional brasileira ver: MENDONÇA, J. J. Florentino Dos Santos. A Abertura do Direito Constitucional Brasileiro ao Constitucionalismo Português. Um estudo sobre a possibilidade europeização do Constitucionalismo Brasileiro. In: *Revista de Direito Público*, v. 1. Coimbra: Almedina, p. 139-190, 2009; BARROSO, Luís Roberto. Influência da Reconstitucionalização de Portugal sobre a Experiência Constitucional Brasileira. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*. Edição Especial: 30 Anos da Constituição Portuguesa 1976-2006. Coimbra: Almedina, pp. 71-80, 2006; BONAVIDES, Paulo. Constitucionalismo Luso-Brasileiro: Influxos Recíprocos. In: MIRANDA, Jorge (Org.) *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, vol.

emancipação da sua estrutura judiciária se concretizou antes da independência política, quando, em decorrência da mudança da Corte para o Brasil, por força do Alvará de 10 de maio de 1808, da lavra do Príncipe Regente, os Tribunais Superiores da Metrópole foram transferidos para a nova sede de governo.

No período da Regência, conquanto a normatização de enunciado específico que assegurasse a prerrogativa de provocar os órgãos judiciários em caso de lesão ou ameaça a direitos não tenha sido incluído na pauta do discurso jurídico, mudanças na estrutura judicial foram adotadas com o objetivo de melhorar a prestação da tutela jurisdicional.

É o que se observa da fusão do Desembargo do Paço e da Mesa de Consciência e Ordens em um único órgão que passou a denominar-se Mesa do Desembargo do Paço e da Consciência e Ordens; da criação dos Tribunais de Relação do Maranhão, em 1812, e de Pernambuco, em 1821; e da instituição do cargo de Juiz Conservador da Nação Britânica para garantir o foro privilegiado para os súditos ingleses, mantido até o advento da Lei de 7 de dezembro de 1831, como parte do tratado de reconhecimento da independência pela Inglaterra.

Nessa época, os conflitos levados ao conhecimento dos órgãos jurisdicionais, em sua maioria, tinham natureza patrimonial ou obrigacional, e somente eram provocados por quem ostentava condições de suportar os altos custos do processo judicial.

43. Não se vislumbrou avanço significativo até a independência, quando a Constituição Imperial de 1824, influenciada pelo modelo francês, incorporou um catálogo de direito civis e políticos, inaugurou a disciplina do devido processo legal e mudou sensivelmente a estrutura judiciária brasileira.

I, pp.19-53, 1996; CORRÊA, Oscar Dias. Breves Observações sobre a Influência da Constituição Portuguesa na Constituição Brasileira de 1988. In: MIRANDA, Jorge (Org.) *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, vol. I, pp.71-88, 1997; CUNHA, Paulo Ferreira da. Em demanda dos fundamentos de uma comunidade constitucional lusófona. In: MIRANDA, Jorge (Org.) *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. II, pp.12-32, 1997; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Constitucionalismo Português e Constitucionalismo Brasileiro. In: MIRANDA, Jorge (Org.) *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, vol. I, pp.55-69, 1996; TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. A Constituição Brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 28, nº 109, pp.71-108, jan./mar. 1991; e, RUSSOMANO, Nailê. Influências da Constituição da República Portuguesa de 1976 na Constituição Brasileira de 1988 – Da Defesa do Consumidor. In: MIRANDA, Jorge (Org.) *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. III, pp.425-444, 1997.

Foram instituídas três espécies de juízes: o *Juiz Municipal* em substituição ao Juiz Ordinário, escolhido pelo Presidente da Província dentre três nomes indicados pela Câmara Municipal; o *Juiz de Paz*, eleito pelos moradores para mandato de quatro anos, com competência para propor conciliação prévia nas lides cíveis e instruir causas criminais; e o *Juiz de Direito*, nomeado em caráter vitalício pelo Imperador para exercer suas funções nas comarcas em substituição ao Juiz de Fora. A Carta Imperial recepcionou, ainda, o Tribunal de Júri, criado pelo Decreto de 18 de junho de 1822, para julgar os crimes de imprensa, alargando a sua competência para a esfera cível e criminal⁹².

Embora posicionado como um dos Poderes do Estado, o Poder Judicial não possuía autonomia, nem independência. O sistema de partilha de funções era submisso ao Poder Moderador que centralizava a administração e fortalecia o poder executivo, impondo limitações ao acesso à tutela jurisdicional, nomeadamente, nas questões que envolviam atos da administração pública ou o interesse da Fazenda Pública, cuja apreciação incumbia ao Contencioso Administrativo desempenhado por Órgãos do Executivo com competência para deliberar sobre alegações de abusos, arbitrariedades e ilegalidades cometidas pela administração pública.

Ainda assim, o acesso aos tribunais continuou a ser um privilégio de poucos, especialmente, daqueles que agregavam condições econômicas para suportar os elevados custos da máquina judiciária e superar as dificuldades para conseguir patrocínio de um advogado.

44. O período republicano não estreou como espaço de debate sobre a acessibilidade ampla ao direito e à justiça, notadamente, porque a persistência da valorização do aspecto formal dos ideais de igualdade e liberdade, própria da ideologia liberal, não contribuiu para a afirmação de direitos fundamentais alinhados à realidade⁹³.

⁹² Esse Tribunal não chegou a desempenhar jurisdição cível. No âmbito criminal era integrado por um Júri de Acusação que deliberava sobre a pronúncia do réu, e por um Júri de Julgamento, ambos compostos por jurados eleitos pela Câmara Municipal e presididos por um Juiz Criminal.

⁹³ Andrei KOERNER destaca que no alvorecer do período republicano “a mediação judicial dos conflitos incidia de maneira diferente sobre as diversas categorias de indivíduos. Existiam inicialmente restrições formais à jurisdição comum dos magistrados. Por outro lado, havia a exclusão de indivíduos com capacidade jurídica limitada, não só os escravos, mas também as mulheres, os filhos de família e outros dependentes. Os conflitos desses indivíduos eram classificados como pertencentes à esfera doméstica e deveriam, pois, ser resolvidos neste âmbito; judicialmente, esses indivíduos seriam representados pelo

A Constituição Republicana de 1891, que consagrou o Brasil como uma República Federativa Presidencial inspirada na Monarquia representativa da Inglaterra e na República Federal dos Estados Unidos da América do Norte, instituiu a repartição de poderes, cada qual com atribuições e estruturas independentes e autônomas, aboliu a jurisdição administrativa e reestruturou o Poder Judiciário nos moldes estabelecidos pelo Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que havia organizado a Justiça Federal, criado o Supremo Tribunal Federal, banido a justiça municipal, estabelecido o princípio da dualidade da justiça e redefinido e valorizado o papel dos advogados e do Ministério Público. Contudo, embora o Texto tenha consagrado declaração de direitos individuais fundamentais nos artigos 72 a 78, não contemplou expressamente a garantia do acesso à justiça.

Frutos da traumática transição da democracia liberal (Estado liberal) para a democracia social (Estado social), as Constituições de 1934 e 1937, igualmente, não disciplinaram expressamente o direito de acesso à justiça, omissão que somente foi suprida, de forma implícita, pela Constituição de 1946 (art. 141§4º)⁹⁴.

45. Com o golpe de 31 de março de 1964, as garantias constitucionais foram suprimidas pelos Atos Institucionais, incluindo a possibilidade do controle jurisdicional dos atos neles baseados. A Constituição Republicana de 1988, resultante do processo de redemocratização, restabeleceu o sistema revogado e recepcionou a garantia do direito à tutela jurisdicional (art. 5ª, XXXV, LV e LXXVIII)⁹⁵ preventiva ou reparatória dos direitos individuais, coletivos e difusos.

Estabilizou-se, no âmbito doutrinário e jurisprudencial, a percepção de que assegurar o acesso à justiça significa garantir não só acesso aos órgãos judiciais, mas, especialmente, viabilizar o acesso a mecanismos oficiais e alternativos de composição

chefe de família. Por outro lado, havia a exclusão dos indivíduos sujeitos às jurisdições privilegiadas, como os funcionários do Estado, ou às jurisdições especiais, como a eclesiástica e a militar” (In: *Judiciário e cidadania na constituição da república brasileira*. São Paulo: Hucitec/Dep. Ciência Política da USP, 1998, p. 54).

⁹⁴ Art. 141 - § 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

⁹⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

dos conflitos, aptos para produzirem tutela jurisdicional adequada, célere, econômica e efetiva⁹⁶.

1.4.3. Consagração como norma de direito internacional e comunitário.

46. A evolução histórica do acesso ao direito e à justiça no âmbito interno das sociedades sempre esteve relacionada com a luta pela preservação dos direitos e liberdades, trilhando o caminho traçado pelas doutrinas que buscaram posicionar o indivíduo no centro da ordem social e jurídica e edificar a ideia de que todos os homens são naturalmente livres e possuem direitos inatos que não podem ser negligenciados⁹⁷.

⁹⁶ Sobre o assunto, conferir: FRIEDMAN, Lawrence M. Claims, Disputes, Conflicts and the Modern Welfare State. In: *Acess to Justice and the Welfare State*. Firenze: Le Monnier, pp. 251-271, 1981; SILVA, Paula Costa e. De minimis non curat praetor. O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução das controvérsias: alternatividade efectiva e complementaridade. In: *O Direito*. Coimbra: Almedina, ano 140º, vol. IV, pp. 735-752, 2008; e, CARPENA, Márcio Louzada. Da Garantia da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e o Processo Contemporâneo. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *As Garantias do Cidadão no Processo Civil: Relações entre Constituição e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 11-30, 2003.

⁹⁷ Para exame mais aprofundado sobre a evolução histórica dos direitos humanos: ALENCAR, Chico (Org.). *Direitos mais humanos*. Rio de Janeiro: Garamond, 1998; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: Do direito aos direitos humanos*. São Paulo Acadêmica, 1993; ALVES, José Augusto Lindgren. (i) *Direitos Humanos, cidadania e globalização*. São Paulo: Lua Nova, nº 50, pp. 185-206, 2000; (ii) *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 1994; DALLARI, Dalmo. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1997; COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1989; LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991; GAVRIILIDIS, Akis. Os Direitos Humanos Como Regra e Exceção. In: *Cadernos de Direito do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba*. Piracicaba: Gráfica UNIMEP, Volume 3, Número 5, p. 191-207, 2003; SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos em Norberto Bobbio. In: *Cadernos de Direito do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba*. Piracicaba: Gráfica UNIMEP, Volume 3, Número 5, p. 208-227, 2003; MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. *El fundamento de los derechos humanos*. Madrid: Debate, 1989; FIX-ZAMUDIO, H. *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*. Madrid: Civitas, 1982; COELHO, Edihermes Marques. *Direitos Humanos, globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003; BENJAMIN, Roberto. *Direitos Humanos: ensaios jurídico-sociais*. Recife: Sociedade Pró-Cultura, 1998; WEIS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999; BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos Direitos Humanos: Fundamentos de um ethos de liberdade universal*. Tradução Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2000; BEDDARD, Ralph. *Human Rights and Europe*. Cambridge: Grotius, 1993; TOULMIN, Stephen E. *The uses of argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 1958; CLAPLAN, Andrew. *Human Rights in the Private Sphere*. Oxford: Clarendon, 1993; CAMPINOS, Jorge. *Direito Internacional dos Direitos do Homem*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984; SWINARSKI, Christophe. *Direito Internacional Humanitário: Como sistema de proteção internacional da pessoa humana (Principais noções e institutos)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990; LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984; COSTA, Álvaro Augusto Ribeiro. Dificuldades internas para a aplicação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos. In: TRINDADE, Antônio Cançado (Ed.). *A Incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, pp. 175-190, 1996; EICHENBERGER, Kurt. El Estado de derecho como sistema garante de los derechos humanos. In:

A moldagem de um enunciado normativo densificador do acesso à justiça como direito humano de caráter universal, no plano supranacional, foi impulsionada pelo movimento liberalizante que alicerçou as Declarações de Direitos, externadas nos movimentos revolucionários deflagrados na América e em França, nas quais o homem foi entronizado como detentor de um conjunto de direitos qualificados como prerrogativas autônomas inerentes à natureza humana, dentre os quais o de aceder aos mecanismos estatais de tutela efetiva dos direitos⁹⁸.

Fiéis ao espírito liberal que as informou, essas Declarações catalogavam, basicamente, direitos relacionados à liberdade, à segurança, à propriedade e à resistência

THESING, Josef (Ed.) *Estado de derecho u democracia*. Buenos Aires: Konrad-Adenauer Stiftung, pp. 159-198, 1999; ORDOÑEZ, Jaime. Administración de justicia, gobernabilidad y derechos humanos en América Latina. In: BURELLI, Alírio Abreu, et al. *Estudios básicos de derechos humanos*. São José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 343-353, 1996; VINCENT, R. J. *Human rights and international relations*. Cambridge: University Press, 1986; FARIA, José Eduardo (Org.) *Direitos humanos, sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005; MAVILA, Olga Espinoza. Os Direitos Humanos na Construção da Democracia Pós-Regime Militar. In: *Cadernos de Direito (do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba)*. Piracicaba: Gráfica UNIMEP, Volume 3, Número 5, p. 289-306, 2003; ALVES, J. A. Lindgren. A declaração dos direitos humanos na pós-modernidade. In: *Revista da AMB*. Ano 2, nº 5, p. 6-23, set. 1998; e, VLACHOS, G. La structure des droits de l'homme et le problème de leur réglementation en regime pluraliste. In: *Revue Internationale de Droit Compare (Revue Trimestrielle publiée avec le concurs du CNRS et sous les auspices du Centre Français de Droit Compare)*. Paris: France-Quercy – Société de Législation Comparée, année 197, n. 2, Vol. 24, nº2, pp. 279-353, Avril-juin 1972.

⁹⁸ Produto da história, os direitos humanos evoluem em consonância com as necessidades reconhecidas em cada época como passíveis de serem efetivadas, porque inerentes à condição humana. Quando recepcionados e positivados em normas Constitucionais, leis ou tratados são abordados como direitos fundamentais, uma vez que nesta posição podem ser efetivados com maior segurança pelos instrumentos estatais idealizados para garanti-los. A despeito da pacífica aceitação da historicidade do seu conceito, não há consenso na doutrina no que diz respeito à terminologia aplicada. Ultrapassada pelas limitações impostas pela evolução das interações sociais, a expressão direitos naturais, de tez jusnaturalista, que identificava os direitos como prerrogativas inerentes à natureza do ser humano, não mais atende ao significado que o termo reclama, numa realidade que inadmitte direitos provenientes da natureza das coisas. A expressão direitos individuais padece da mesma contingência à medida que serve apenas para designar os direitos integrantes da chamada primeira geração dos direitos humanos, identificados como direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade. O termo direitos públicos subjetivos também é considerado obsoleto por consubstanciar prerrogativa dedutível contra o Estado para limitar a sua ação em desfavor do indivíduo. A expressão direitos do homem é igualmente considerada superada por ter sido cunhada com base na Declaração Francesa do Homem e do Cidadão, texto que invocava apenas o homem como titular onipotente de direitos, ao tempo em que as mulheres e as crianças eram consideradas incapazes para exercer seus direitos. A expressão que aparece como mais apropriada é direitos humanos por revelar significado que abrange toda a fundamentalidade do seu objeto enquanto prerrogativa essencial de cada ser humano, sem a qual é incapaz de existir ou desenvolver e participar plenamente da convivência social. Cf.: ENTERRÍA, Eduardo García de. El concepto básico de derecho subjetivo y su aplicación en la figura de los derechos del hombre y del ciudadano. In: *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Alianza, pp. 47-96, 1995.

à opressão titularizados pelos cidadãos⁹⁹, num espaço onde o Estado despontava como único capacitado a afrontar a liberdade individual¹⁰⁰.

A proteção jurídica do acesso ao direito e à justiça, enquanto direito humano fundamental, foi submetida a um processo de consolidação concretizado em três fases. A primeira, revelada na inclusão de enunciados normativos que o positivaram em declarações ou proclamações de princípios, das quais a mais recente e dotada de maior universalidade é a Declaração Universal dos Direitos do Homem - DUDH. A segunda, materializada na qualificação do seu enunciado normativo como preceito vinculativo, e a terceira, concretizada na instituição de sistemas de controle jurisdicional da sua

⁹⁹ A doutrina classifica os direitos humanos a partir da historicidade constitutiva das suas diversas modalidades, visualizando-as como produto da complexificação das necessidades humanas e da crescente busca pela proteção das prerrogativas delas emergentes. Na esteira do pensamento de Bobbio, é comum os juristas defenderem a existência de três categorias ou gerações de direitos, diferenciando-as pelo processo histórico que lhes conferiu materialidade. Na primeira geração posicionam os direitos resultantes da passagem dos direitos de liberdades (negativas) para os direitos políticos ou sociais que pressupõem a atividade interventiva do Estado, e consubstanciam os denominados direitos individuais de liberdade e os direitos civis e políticos. Na segunda geração situam-se os direitos revelados a partir da identificação, ao lado dos direitos dos indivíduos singularmente considerados, de direitos titularizados por eles enquanto partícipes da coletividade em seu conjunto, são os direitos sociais decorrentes da relação do homem com o meio e que requerem uma atuação positiva do Estado para serem efetivados. Na terceira geração são dispostos os direitos transindividuais, coletivos e difusos reconhecidos a grupos específicos de acordo com distintos critérios de diferenciação, que revelam situações permissivas de tratamento e proteção material ou processual diversas. É possível, ainda, encontrar quem defenda a existência de novas gerações de direitos com vista ao atendimento dos novos desafios da atualidade, cataloga-se uma quarta e uma quinta geração de direitos, na quarta estariam contemplados os direitos cuja efetivação pressupõe prévia discussão ética em torno da vida e da morte, como os afetos à manipulação genética, ao biodireito, à biotecnologia e à bioengenharia, e, na quinta estariam arroladas as prerrogativas referentes à realidade virtual resultantes do incremento da cibernética. Há, ainda, quem sustente que na categoria dos novos direitos agrega-se o direito ao desenvolvimento titularizado pelos cidadãos dos países subdesenvolvidos, a consubstanciar a prerrogativa de poderem influenciar e pleitear uma nova ordem econômica internacional fundada na justiça, bem como, o direito à paz e ao meio ambiente íntegro e sustentável. Conferir: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992; FARIA, Miguel José. *Direitos Fundamentais e Direitos Humanos*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Políticas e Segurança Interna, vol. 1, 2001; PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2004; ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FDT, 1997.

¹⁰⁰ Para exame mais detido, além das referências posicionadas nas notas anteriores, ver: CÁRDIA, Nancy. Percepção dos direitos humanos: ausência de cidadania e exclusão moral. In: SPINK, Mary Jane Paris (Org.) *A cidadania em construção: uma reflexão transdisciplinar*. São Paulo: Cortez, p. 15-57, 1994; ORAA, Jaime. Los derechos humanos en el mundo: la organización de las Naciones Unidas, In: MARZAL, Antonio. *Los derechos humanos en el mundo*. Barcelona: J.M. Bosch, Esade Facultad de Derecho, 2000; CARVALHO, Júlio Marino. *Os direitos humanos no tempo e no espaço*. Brasil: Brasília Jurídica, 1998; BABALET, J.M. A cidadania. Lisboa: Editorial Essampa, 1989; SILVA, Guilherme Amorim Campos da. Os Direitos Humanos São Absolutos? A Tendência Inflacionária do Processo de Positivação e o Paradoxo da Dispersão dos Enfoques. In: *Cadernos de Direito do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba*. Piracicaba: Gráfica UNIMEP, Volume 3, Número 5, p. 228-240, 2003.

interpretação/aplicação que priorizam os mecanismos regionais de proteção como forma de facilitar o consenso e a tutela dos direitos¹⁰¹.

No processo de edificação e estabilização de um sistema global de efetivação dos direitos humanos, a promoção do acesso a um sistema eficiente de proteção judiciária sempre se revelou como peça essencial à operacionalização do aparato idealizado para prestar a tutela jurisdicional¹⁰².

¹⁰¹ BOTELHO, Catarina Santos. *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais – Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 316. Para imersão mais apurada sobre os sistemas de tutela e proteção dos direitos humanos, ver: ALVES, José Augusto Lindgren. O sistema de proteção das nações unidas aos direitos humanos e as dificuldades brasileiras. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (Editor). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996; BERRAONDO Lopez, Mikel. *Los derechos humanos en la globalización: mecanismos de garantía y protección*. Alberdania: San Sebastián, 2004; FIX-ZAMUDIO, Héctor. *La protección jurídica procesal de los derechos*. Madrid: Civitas, 1982; NIKKEN, Pedro. *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*. Madrid: Civitas, 1987; RAMOS, André de Carvalho. *Proceso internacional de derechos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; ABRANCHES, C. A. Dunshee. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964; ALVIM, J. E. Carreira. A proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais perante o tribunal europeu de direitos humanos. In: *Revista Trimestral do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas da UNIVALI*, Itajaí: UNIVALI, ano 5, n. 9, set./1999; CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Human rights and the proceduralist's role. In: SCOTT, I. R. (Ed.). *International perspectives on civil justice*. London: Sweet & Maxwell Limited, p. 1-10, 1990; BICUDO, Hélio. *Direitos humanos e sua proteção*. São Paulo: FTD, 1997; EICHENBERGER, Kurt. El Estado de derecho como sistema garante de los derechos humanos. In: THESING, Josef (Ed.) *Estado de derecho u democracia*. Buenos Aires: Konrad-Adenauer Stiftung, pp. 159-198, 1999; FERNÁNDEZ, Rafael García-Valdecasas y. La protección jurisdiccional de los derechos de los particulares en Unión Europea. In: *Organos judiciales e procesos de integración*. Asunción: Centro Cultural de España ‘Juan de Salazar’, pp. 141-181, 1997; FIORATI, J. Jane. A evolução jurisprudencial dos sistemas regionais internacionais e proteção aos direitos humanos. In: *Revista dos Tribunais*, n. 722, p. 13, São Paulo: RT, 1999; GARCIA, José AntonioTomé. *Protección procesal de los derechos humanos ante los tribunales ordinarios*. Madrid: Montecorvo, 1987; HORTENSIA D. T. Gutiérrez Posse. *Los Derechos Humanos y las garantías*. Buenos Aires: Zavaglia, 1988; LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (Pref.). (i) O Acesso Direto dos Indivíduos à Justiça Internacional. In: LIMA JUNIOR, Jayme Bevenuto (Org.). *Manual de Direitos Humanos Internacionais: Acesso aos Sistemas Global e Regional de Proteção dos Direitos Humanos*. 2ª Ed. São Paulo: Loyola, 2003; (ii) *A proteção internacional dos direitos humanos. Fundamentos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991; (iii) *O esgotamento de recursos internos no direito internacional*. Brasília: UnB, 1997; (iv) O legado da Declaração Universal e o futuro da proteção internacional dos Direitos Humanos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do, e PERRONE-MOISES, Cláudio (Orgs.). *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: Edusp/Fapesp. 1999; SABSAY, Daniel A. El amparo como garantía para el acceso a la jurisdicción en defensa de los derechos humanos. In: CAMPOS, Germán G. Bidart, et al. *La aplicación de los tratados sobre los derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, pp. 229-245, 1997; SOYER, Jean-Claude. Légitimité Supranationale des Justices Nationales. In: *Les Droits de L’Homme au Seuil du Troisième Millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*. Bruxelles: Bruylant, pp. 767-776, 2000; e, FROTA, Alves Hidemberg. Os Tratados de Proteção Internacional aos Direitos Humanos na Reforma do Poder Judiciário. In: *Revista de Direito Internacional e Econômico*. São Paulo: IOB Síntese, n 10, Jan-Fev-Mar/2003, pp.17-24.

¹⁰² São exemplos dos primeiros esforços para positivar normas densificadoras de direitos humanos, a Carta Magna de 15 de maio de 1215, e o Bill of Rights Britânico de 13 de fevereiro de 1689. Com a

47. Para além de integrar os ordenamentos jurídicos nacionais como norma fundamental à efetivação dos demais direitos consagrados no âmbito doméstico, o enunciado do acesso ao direito e à justiça estabilizou-se no plano externo como norma de direito internacional que atribui aos Estados democráticos o dever de garantir e regular o exercício das liberdades e proteger os indivíduos das ameaças privadas aos

Declaração Americana da Independência, de 1776, teve início uma fase profícua de afirmações solenes dos direitos do homem. Em 1789 surgiu a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, e em 1791 foi lançado o Bill of Rights Americano, textos que impulsionaram os movimentos de constitucionalização dos direitos fundamentais e, apesar da superveniência de períodos de retrocesso, influenciaram a formalização de diversos tratados e convenções consagradas à sua proteção, dentre os quais se destacam as Convenções sobre a Ação da Cruz Vermelha e o Tratamento de Prisioneiros de Guerra, de 22 de agosto de 1864; as Convenções de Paris de 1904 e 1910, sobre a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças; a Convenção de Genebra de 1925, para a Abolição da Escravatura e do Comércio de Escravos; as Convenções contra o Abuso de Drogas Nocivas de 1912, 1925, 1931 e 1936; as Convenções Sanitárias de Paris de 1903, 1907, 1912, 1926, e a de Havana de 1924; e, a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, de 09 de dezembro de 1948. Consolidando este movimento garantista, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 revelou-se como um conjunto de princípios representativos dotados de projeção universal e invocáveis por qualquer pessoa, independente das condições concretas as quais esteja submetida, contra qualquer Estado. Dentre os pactos e convenções celebrados com o objetivo de tornar efetivos esses direitos, destacam-se a Convenção para a Repressão do Tráfico de Seres Humanos e da Exploração da Prostituição, de 12 de dezembro de 1949; a Convenção Suplementar relativa à Abolição da Escravatura, Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, de 07 de setembro de 1956; a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, de 26 de novembro de 1968; a Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 17 de dezembro de 1984; a Declaração dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959; a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental, de 20 de dezembro de 1971; a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 21 de dezembro de 1965; a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, de 17 de dezembro de 1979; a Declaração sobre a Eliminação de todas as Formas de Intolerância e de Discriminação baseadas na Religião ou na Convicção, de 25 de novembro de 1981; a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 28 de julho de 1951; a Convenção Relativa ao Estatuto dos Apátridas, de 28 de julho de 1954; a Convenção sobre a Redução dos Casos de Apatridia, de 30 de agosto de 1961; o Protocolo Adicional à Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 16 de dezembro de 1966; a Declaração dos Princípios da Cooperação Cultural Internacional, de 4 de novembro de 1966; a Declaração sobre o Progresso e o Desenvolvimento Social, de 11 de dezembro de 1969; a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950, e seus Protocolos Adicionais; a Carta Social Européia, de 18 de outubro de 1981; o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 16 de dezembro de 1966; o Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, e o seu Protocolo Facultativo Adicional; a Convenção Americana dos Direitos do Homem, de 22 de novembro de 1969 e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 28 de julho de 1981.

seus direitos¹⁰³ sem, no entanto, desobrigá-los da observância daquelas prerrogativas exclusivamente oponíveis aos poderes públicos¹⁰⁴.

Emancipado no âmbito internacional como norma fundamental dotada de eficácia irradiante, cuja observância é irrenunciável em todas as relações públicas e privadas¹⁰⁵, no âmbito da Organização das Nações Unidas serviu para justificar, ao lado da consagração do princípio do primado do direito, a instituição do Tribunal Internacional de Justiça como mecanismo de viabilização do acesso dos Estados à jurisdição internacional sempre que configurada hipótese de descumprimento dos preceitos da Carta, das decisões normativas dos seus Órgãos ou de outras normas de direito internacional¹⁰⁶.

A DUDH, de 1948, revelada como conjunto de princípios representativos de um ideal comum a ser alcançado por todos os povos e nações, dotado de projeção universal e passível de ser invocado, em tese, por qualquer pessoa¹⁰⁷ contra qualquer Estado, incorporou, no seu artigo 10¹⁰⁸, o enunciado do acesso ao direito e à justiça como valor

¹⁰³ A efetivação dos direitos humanos, por estar vinculada ao grau de desenvolvimento social, econômico, cultural e administrativo das sociedades, concretiza-se de forma variada e em gradações díspares. De regra, nos países desenvolvidos a extensão e os instrumentos de garantia desses direitos tende a assumir maiores proporções que as visualizadas nos Estados subdesenvolvidos, onde a luta pelo reconhecimento e efetividade não superam os direitos mais básicos do ser humano, pautando-se, quase que exclusivamente, na preservação da vida, da igualdade, da liberdade religiosa e de expressão, da dignidade humana, e da participação democrática na gestão pública.

¹⁰⁴ Embora a concepção que visualiza as normas positivadas na DUDH como comandos desprovidos de caráter obrigatório, seja forte, há quem defenda que os Estados estão vinculados ao seu conteúdo em virtude da ‘convicção de obrigatoriedade’ que o seu texto produz (MIRANDA, Jorge. *A Declaração Universal e os Pactos Internacionais de Direitos do Homem*. Lisboa: Petrony, 1977, pp. 11-12).

¹⁰⁵ Danielle ANNONI pondera que “o problema do reconhecimento do direito de acesso à justiça como direito humano fundamental e sua efetivação se encontra numa zona de confluência entre duas disciplinas: a de direito processual, interno ou internacional, e a de direitos humanos que podem ser analisados como direitos fundamentais no bojo das Constituições internas dos Estados, ou ainda, no âmbito do Direito Internacional dos direitos humanos” (In: *Direitos humanos & Acesso à Justiça no Direito Internacional – Responsabilidade Internacional do Estado*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 118).

¹⁰⁶ As decisões do Tribunal Internacional de Justiça têm eficácia obrigatória e autorizam o Conselho de Segurança a adotar medidas para efetivá-las (art. 95 da Carta das Nações Unidas).

¹⁰⁷ Emmanuel DECAUX sustenta a titularidade dos direitos humanos por pessoas morais. (In: *L’Applicabilité des Normes Relatives aux Droits de L’Homme aux Personnes Morales de Droit Prive*. In: *Revue Internationale de Droit Compare (Revue Trimestrielle publiée avec le concours du CNRS et sous les auspices du Centre Français de Droit Compare)*. Paris: France-Quercy – Société de Législation Comparée, année 54, n° 2, pp. 549-578, Avril-Juin 2002).

¹⁰⁸ Art. 10. Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a que sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ele seja deduzida.

indispensável à convivência humana, cuja violação autoriza a responsabilização internacional dos Estados¹⁰⁹.

48. Foi num cenário onde a garantia dos direitos básicos ligados à preservação da vida e da dignidade humana se fazia premente, que as Nações Europeias, na esteira do movimento impulsionado pela DUDH, promulgaram a sua própria declaração de direitos na forma de Convenção inserindo no seu catálogo o enunciado do acesso à justiça.

A Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais assinada em Roma a 4 de dezembro de 1950, também denominada Convenção Europeia dos Direitos Humanos – CEDH, formatada no âmbito do Conselho da Europa, sagrou-se como um dos mais sofisticados instrumentos internacionais de tutela dos direitos fundamentais¹¹⁰.

¹⁰⁹ Para maior investigação sobre a possibilidade de responsabilizar os Estados no plano internacional pela prática de atos lesivos aos direitos humanos, conferir: AROCA, Juan Montero. *Responsabilidad del Estado y tutela del ciudadano por los daños producidos con ocasión del ejercicio de la jurisdicción. Justicia*. Barcelona, v. 87, n. 4, p. 779-837, 1988; CARLIN, Volnei Ivo. A responsabilidade civil do Estado resultante do exercício das funções jurisdicionais. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 557, mar./1971; ANNONI, Danielle (Org.) *A responsabilidade do Estado pela Demora na prestação jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2002; DELGADO, José Augusto. Responsabilidade Civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional. In: *Revista da Amagis*, Belo Horizonte, v. 2, pp. 169-179, 1983. DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994; MONTERREAL, José Maria Reyes. *La responsabilidad del Estado por error y normal funcionamiento de la administración de justicia*. Barcelona: Cóllex, pp. 9-17, 28-41 e 70-75, 1987; ROCAFORT, Rodolfo E. Piza. Responsabilidade del Estado-juez. In: *Responsabilidad del Estado y derechos humanos*. San José: Universidade Autónoma de Centro América, 1989; TAWIL, Guido Santiago. *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*. Buenos Aires: Depalma, pp. 77-79, 1993; MESQUITA, Maria José Rangel de. Âmbito e pressupostos da responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional. In: *Revista do CEJ – Dossiê temático – Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*. Coimbra: Almedina, nº 11, pp. 265-290, 1º Semestre 2009; GOMES, Carla Amado. O Livro das Ilusões. A responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário, apesar da lei 67/2007, de 31 de dezembro. In: *Revista do CEJ – Dossiê temático – Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*. Coimbra: Almedina, nº 11, pp. 291-315, 1º Semestre 2009; CUNHA, Maria Filomena. O Erro Judiciário. In: *Revista do CEJ – Dossiê temático – Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*. Coimbra: Almedina, nº 11, pp. 317-355, 1º Semestre 2009; KAWABATA, J. Alejandro. Reparación de las violaciones de derechos humanos en el marco de la Convención Americana sobre derechos Humanos. In: CAMPOS, Germán G. Bidart, et. al. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, pp. 351-384, 1997; e, REALE, Miguel. Da responsabilidade do poder. In: *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 7, ano II, p. 7-15, Jan./Mar., 1969.

¹¹⁰ Sobre a CEDH conferir: ERGEC. Rusen. Le Statut Interne de la Convention Européenne des Droits de L’Homme et sa mise en Oeuvre dans les Pays D’Europe Occidentale, Centrale et de L’Est. In: *La Mise en Oeuvre Interne de la Convention Européenne des Droits de L’Homme*. Bruxelles: Éditions du Jeune Barreau, pp. 1-87; CALLEWAERT, Johan. La Convention Européenne des Droits de L’Homme entre Effectivité et Prévisibilité. In: *Les Droits de L’Homme au Seuil du Troisième Millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*. Bruxelles: Bruylant, pp. 93-108, 2000; COHEN-JONATHAN, G. *Aspects*

Elaborada como carta de princípios gerais e instrumento de interpretação e aplicação das demais normas que integram o sistema europeu de proteção aos direitos humanos¹¹¹, com eficácia vinculativa para os Estados signatários, instituiu a Comissão Europeia dos Direitos Humanos¹¹² e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – TEDH - como mecanismos de contenção e repressão dos atos lesivos aos direitos fundamentais catalogados¹¹³.

O seu Texto congrega direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, e estabelece um conjunto de direitos processuais fundamentais voltados para garantir a liberdade física, a segurança e o acesso a um recurso efetivo perante instância nacional, imparcial e apta para prestar tutela jurisdicional num prazo razoável (Artigo 6º, §1º)¹¹⁴.

Com o objetivo de superar as deficiências do sistema regional de tutela desses direitos, elaborou-se o Protocolo Adicional nº 11, em vigor desde novembro de 1994,

européens des droits fondamentaux. Paris: Montchrestien, 2002; CARTÓRIO DA CEDH. *The European Court of Human Rights: Historical Background, Organisation and Procedure*. Estrasburgo: Documento de 04 de janeiro de 1999; PETTITI L. E.; DECAUX E.; e IMBERT P. (dir). *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*. Paris: Economica, 1995; RENUCCI, J. *Droit européen des droits de l'homme*. Paris: LGDJ, 2002; SUDRE F. (Dir). (i) L'interprétation de la CEDH. Bruxelles: Bruylant, Coll. Droit et Justice, nº 21, 1998; (ii) *Droit international et européen des droits de l'homme*. Paris: PUF, Coll. Droit Fondamental, 2001; (iii) *La Convention européenne des droits de l'homme. Que sais-je?* Paris: PUF, nº. 2513, 2002; e, VELU J. et ERGEC R. *La Convention européenne des droits de l'homme*. Bruxelles: Bruylant, 1990.

¹¹¹ Para Rainer ARNOLD, a CEDH exerce um grau variado de influência sobre as ordens constitucionais das nações que a ela se submetem, pode delas fazer parte, servir de critério de interpretação dos direitos fundamentais internos ou ser a base de controle jurisdicional das leis. (L'Exposition des Constitutions Européennes aux Influences Externes. In: MIRANDA, Jorge (Org.) *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. II, pp.673-694, 1997).

¹¹² A Comissão Europeia de Direitos Humanos servia de filtro seletivo e de controle de admissibilidade das reclamações individuais e estatais formuladas, era encarregada da investigação das denúncias e da propositura da ação de responsabilidade internacional do Estado.

¹¹³ Na perspectiva de Rui Manoel Moura RAMOS, o que justifica que na ordem internacional os Estados sejam responsabilizados pela violação dos direitos fundamentais é a circunstância de o fundamento da proteção desses direitos radicar em valores tidos por universais e perenes, indispensáveis à convivência humana e social (A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia e a Proteção dos Direitos Fundamentais. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Publicação do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, pp. 41-80, nº 23, 2003, 2º semestre de 2002).

¹¹⁴ Artigo 6º, 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

que extinguiu a Comissão Europeia dos Direitos Humanos e recepcionou a queixa individual¹¹⁵ como via de acesso direto dos cidadãos à tutela jurisdicional do TEDH¹¹⁶.

49. Influenciados pelo movimento garantista vivenciado na Europa, os Estados Americanos celebraram a Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH), em cujo texto, utilizando a mesma técnica produzida no ambiente europeu, normatizaram enunciados que consagram a garantia da liberdade, da vida, da privacidade, da liberdade de expressão, da proteção judicial efetiva (Artigo 8º, §1º e Artigo 25)¹¹⁷, do direito de participar na gestão democrática, do direito ao duplo grau de jurisdição e do direito à prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável.

No sistema instituído para assegurar a efetividade desses direitos, conquanto exista a previsão de uma Corte com competência específica, o recebimento das

¹¹⁵ Catarina Santos BOTELHO, atribuindo a esse mecanismo a denominação de amparo, pondera que “numa perspectiva global, a internacionalização do direito e do recurso de amparo verificou-se em duas frentes: (i) o amparo europeu, confiado ao TEDH; e, (ii) o amparo interamericano, reconhecido na competência contenciosa do Tribunal Interamericano dos Direitos do Homem, no artigo 25º da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos” (In: *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais – Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, Administrativa e internacional*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 319).

¹¹⁶ A atribuição aos indivíduos do direito de provocar diretamente a tutela jurisdicional de um Tribunal Internacional Regional, qualificando-os como sujeitos de direitos internacionais, fragilizou o princípio da não-ingerência que restringia a incidência das normas de direito internacional às relações entre os Estados, e impedia que os Órgãos Internacionais controlassem e reprimissem as violações de direitos humanos perpetradas pelos próprios Estados. Com as modificações impostas pelo Protocolo nº 11, o juízo de admissibilidade das demandas foi atribuído a um Comitê constituído por três juízes do Tribunal, para os casos de pedidos formulados por pessoas distintas das arroladas nos artigos 33 e 34, da Convenção, ou do Juiz relator, nas hipóteses de petição individual diretamente endereçada ao Presidente da Corte, a quem incumbe indicar a Seção competente para examinar a pretensão em primeira instância. A decisão da Seção, nestes casos, tem caráter definitivo, contudo, decorridos três meses da sua prolação é conferido ao vencido o direito de requerer o reexame do mérito pelo Tribunal na sua composição plenária. Em qualquer hipótese o pleito só é admitido e conhecido após o esgotamento dos recursos internos. Conquanto não tenha competência para revogar decisões proferidas pelos Órgãos públicos, jurisdicionais ou não, da administração nacional, a Corte Europeia de Direitos Humanos pode reconhecer e declarar violação à norma Convencional e responsabilizar internacionalmente o Estado impondo-lhe o dever de reparar ou compensar pecuniariamente os danos suportados pelos lesados. (Sobre o assunto ver: MILANO, Laure. *Le Droit à um tribunal au sens de La Convention européenne des droits de l’homme*. Paris: Dalloz, 2006).

¹¹⁷ Art. 8º. (Garantias Judiciais) 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. Art. 25. (Proteção Judicial). 1. Toda pessoa tem o direito de recurso simples e rápido, ou qualquer outro recurso efetivo perante os juízes ou tribunais competentes para a proteção contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, lei ou da presente Convenção, mesmo que a violação seja cometida por pessoas agindo em sua capacidade oficial.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

petições/reclamações é atribuição da Comissão de Direitos Humanos¹¹⁸ que detém autoridade para exercer o juízo prévio da admissibilidade.

Diversamente do evidenciado no sistema europeu, por construção Pretoriana, a viabilidade do processamento da demanda não pressupõe o absoluto esgotamento dos recursos internos, é imprescindível apenas que não tenha decorrido o prazo de seis meses para propositura da representação e que não esteja caracterizada litispendência ou coisa julgada internacional¹¹⁹.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), como instituição judicial autônoma vinculada à CADH, tanto desempenha atividade consultiva com efeito obrigatório capaz, inclusive, de ensejar a responsabilização internacional do Estado recalcitrante, como tem competência para conhecer e julgar os casos contenciosos, quando o Estado demandado tenha reconhecido unilateralmente a sua jurisdição e se comprometido a aceitar as suas decisões como obrigatórias e plenamente eficazes.

As suas sentenças, além de produzirem efeito *iter partes*, podem servir de fundamento jurisprudencial para o julgamento de casos análogos. Por não acarretarem a desconstituição do ato doméstico violador, seja ele administrativo, legislativo ou judicial, aperfeiçoam-se como atos de natureza meramente declaratória, aos quais se adiciona o efeito condenatório que impõe ao Estado a obrigação de reparar ou compensar o dano suportado pelo lesionado.

50. Nos Diplomas Internacionais em exame, o acesso ao direito e à justiça é comumente identificado como prerrogativa de perseguir tutela jurisdicional efetiva em prazo razoável, consubstanciado no direito à pronta prestação da justiça não apenas no âmbito dos órgãos jurisdicionais nacionais (estaduais), mas, designadamente, no plano das Cortes Internacionais e da União Europeia¹²⁰.

¹¹⁸ A Comissão, além de ser responsável pela instrumentalização internacional da proteção aos direitos humanos no âmbito da Organização dos Estados Americanos, é responsável pela garantia da plena e direta acessibilidade ao sistema de proteção desenvolvido pela Corte Interamericana, incumbindo-lhe, ainda, oportunizar a possibilidade de resolução amigável dos conflitos e desenvolver fiscalização concreta das condutas ativas praticadas pelo Estado denunciado.

¹¹⁹ Ultrapassada a fase conciliatória, a Comissão delibera acerca da ocorrência ou não de violação, em caso afirmativo, o Estado infrator terá três meses para cumprir as deliberações constantes no relatório por ela emitido, se não o fizer estará suscetível de ser submetido a julgamento pela CIDH. Tratando-se de Estado que não reconheça a jurisdição da Corte, a Comissão elabora um segundo relatório com medidas e prazos a serem cumpridos. Persistindo o incumprimento a Comissão envia apelo à Assembleia Geral da OEA a fim de impor as sanções que entender cabíveis.

¹²⁰ Andremara SANTOS sustenta que, no plano europeu, o direito comunitário, agora denominado direito da União Europeia, constitui-se em um sistema jurídico *sui generis*, novo, independente, supranacional,

Enquanto norma de direito internacional qualificada como direito humano, o enunciado do acesso ao direito e à justiça destina-se a assegurar aos indivíduos, independentemente da jurisdição à qual estejam submetidos, os instrumentos necessários para a defesa dos seus interesses contra ameaças, abusos e desvios de poder, bem como a reparação ou compensação dos danos suportados¹²¹.

Nos mencionados sistemas regionais e comunitários de proteção, o indivíduo é posicionado como sujeito de direito internacional, detentor de capacidade postulatória para provocar a tutela jurisdicional dos tribunais supranacionais¹²². Contudo, em virtude do caráter subsidiário que essas prerrogativas ostentam, o seu exercício não pode constituir limitação à autonomia dos Estados ou à margem nacional de apreciação para eleição das providências necessárias à concretização das obrigações encartadas nos Textos Convencionais, inclusive quanto à implementação das vias de efetivação dos direitos humanos¹²³.

51. No domínio da União Europeia, a falta de um Diploma Normativo Comunitário que consagrasse os direitos humanos foi suprida, inicialmente, pela construção jurisprudencial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), no sentido de admitir a aplicação, no espaço comunitário, da CEDH, da qual a União não é signatária, e num segundo momento, pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada solenemente no âmbito do Parlamento Europeu, do Conselho da União Europeia e da Comissão Europeia em 7 de dezembro de 2000, cujo

autocontido, uniforme, unitário e com campo de aplicação limitado. Criado pelos tratados fundadores das comunidades e formatado unilateralmente pelo seu aparato institucional, suas normas não pertencem nem ao direito público internacional nem ao direito nacional, cujos órgãos carecem de poder para invalidar ou negar aplicação dos seus preceitos, seus sujeitos são tanto os Estados-membros como os indivíduos, e têm quase igual eficácia em todo território da comunidade. (O sistema jurisdicional de garantia dos direitos individuais no Tratado da Comunidade Europeia e a atuação do Tribunal de Justiça enquanto veículo de consolidação e nacionalização do Direito Comunitário. In: *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros – Cidadania e Justiça: Os Reflexos da Globalização nos Institutos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Diretoria de Comunicação Social da AMB, ano 5, nº. 11, pp.46-74, 2º semestre de 2001).

¹²¹ A CEDH e a CADH, apesar de instituídas como instrumentos internacionais de incidência regional, incorporam efeitos de natureza universal porque suas normas são invocáveis diretamente por qualquer pessoa que, mesmo não sendo nacional de um dos Estados que a elas tenham aderido, encontre-se em seu território. (Cf.: BOTELHO, Catarina Santos. *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais – Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 316).

¹²² No âmbito do Tribunal Internacional de Justiça – TIJ, não é permitido o acesso direto dos indivíduos, mesmo na hipótese de violação dos direitos humanos.

¹²³ MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 287.

texto, após a formalização do Tratado de Lisboa, de 12 de dezembro de 2007, tornou-se vinculativo para todos os países da UE, com exceção da Polónia e do Reino Unido¹²⁴.

Os tratados que instituíram as Comunidades Europeias, por apresentarem objetivos predominantemente económicos, não se ocuparam da salvaguarda dos direitos fundamentais.

O incremento das demandas ajuizadas por particulares, fundadas na prática de atos jurídicos comunitários lesivos aos direitos fundamentais recepcionados em diversas Constituições, revelou o quanto esses direitos careciam de proteção comunitária e permitiu aos Tribunais Constitucionais da Itália¹²⁵ e Alemanha¹²⁶ se declararem competentes para controlar a adequabilidade das normas derivadas de direito comunitário aos catálogos de direitos fundamentais internamente positivados, até que se instituisse, no plano regional, um sistema de proteção e efetivação desses direitos.

Convencido de que a consolidação desse posicionamento poderia afetar a concretização dos princípios do primado do direito comunitário e da aplicabilidade direta, essenciais à coerência interna e funcionalidade do sistema, o TJCE avançou e, a partir do Acórdão *Stauder*, proferido no Processo nº 29/69, passou a visualizar os direitos humanos como parte integrante do conjunto de princípios gerais que orientam e oferecem sustentabilidade ao direito comunitário.

Assim qualificados, esse direitos passaram a ter sua realização e efetividade resguardada pela Corte, no exercício de competência concorrente com as Cortes Nacionais para controlar não só a adequação e compatibilidade dos atos normativos

¹²⁴ Para exame específico das formas de expressão dos direitos humanos no espaço da União Europeia, ver: COHEN-JONATHAN, G. *Aspects européens des droits fondamentaux*. Paris: Montchrestien, 2002; PETTITI L. E.; DECAUX E.; e IMBERT P. (dir). *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*. Paris: Economica, 1995; RENUCCI, J. *Droit européen des droits de l'homme*. LGDJ, 2002; SUDRE F. *Droit international et européen des droits de l'homme*. Paris: PUF, Coll. Droit Fondamental. 2001; PIÇARRA, Nuno. (i) A Justiça Constitucional da União Europeia. In: *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 467-501, 2006; (ii) As garantias de cumprimento das obrigações dos Estados-Membros no espaço de liberdade, segurança e justiça. A avaliação mútua. In: *Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques*. Coimbra: Almedina, pp. 707-729, p. 2007; TOSTES, Ana Paula B. *União Europeia: o poder político do direito*. São Paulo: Renovar, 2004; BATISTA, Vanessa Oliveira. *União Europeia: Livre circulação de pessoas e direito de asilo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998; LEROY, Michel. *Propos sur L'Effectivité des Recours*. In: *Les Droits de L'Homme au Seuil du Troisième Millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*. Bruxelles: Bruylant, pp. 509-516, 2000; MARTENS, Paul. *Encore La Dignité Humaine: Réflexions d'un Juge sur la Promotion par Les Juges d'une Norme Suspecte*. In: *Les Droits de L'Homme au Seuil du Troisième Millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*. Bruxelles: Bruylant, pp. 561-579, 2000.

¹²⁵ Cf.: Decisão da Corte Costituzionale italiana, de 27 de dezembro de 1973, no caso *Fiontini*.

¹²⁶ Cf.: Decisão do Bundesverfassungsgericht, de 29 de maio de 1974, no caso *Solange*.

estatais, mas, antes, os atos da própria UE com os direitos fundamentais catalogados na CEDH.

Esse entendimento possibilitou a disponibilização aos particulares de mais uma via de acesso à proteção jurisdicional contra atos legislativos e regulamentares, concreta ou potencialmente lesivos aos seus direitos fundamentais, “imputáveis, não à Comunidade Europeia, mas aos Estados-Membros, sem prejuízo da intervenção, para o mesmo efeito, dos respectivos tribunais constitucionais nacionais e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”¹²⁷.

52. Nos acórdãos *Internationale Handelgesellschaft* e *Nold*¹²⁸, o Tribunal pontificou que a identificação dos direitos fundamentais como princípios gerais deveria ser calcada nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, e nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos do homem de cuja elaboração tenham participado ou as quais aderiram, sobretudo, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Essa concepção, recepcionada e positivada no artigo 6º, nºs 1, 2 e 3¹²⁹, do Tratado da União Europeia, aprovado em Maastricht, em 7 de fevereiro de 1992, acabou por dificultar a operacionalização do sistema de proteção aos direitos fundamentais, ao impedir a formação de um juízo de certeza quanto ao real conteúdo e alcance dos direitos no que respeita à posição hierárquica das normas no interior da pirâmide normativa da União¹³⁰.

¹²⁷ PIÇARRA, Nuno. A competência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias para fiscalizar a compatibilidade do direito nacional com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem: Um estudo de Direito Constitucional. In. VARELA, Antunes et.al. (Edit.) *Ab uno ad Omnes 75 anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 1393-1440, 1998, p.1394.

¹²⁸ Processos nºs. 11/70 e 4/73.

¹²⁹ Artigo 6º - 1. A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados. De forma alguma o disposto na Carta pode alargar as competências da União, tal como definidas nos Tratados. Os direitos, as liberdades e os princípios consagrados na Carta devem ser interpretados de acordo com as disposições gerais constantes do Título VII da Carta que regem a sua interpretação e aplicação e tendo na devida conta as anotações a que a Carta faz referência, que indicam as fontes dessas disposições. 2. A União adere à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados. 3. Do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros (Versão Consolidada).

¹³⁰ Neste contexto, assinala António CADILHA, a “proteção pretoriana dos direitos fundamentais, na medida em que não é efectuada de forma autónoma, mas sim subordinada às características e objectivos

Suplantando o sistema exclusivamente pretoriano de proteção dos direitos fundamentais, a Carta dos Direitos Fundamentais, idealizada como instrumento de codificação do conjunto de direitos fundamentais dispersos no ordenamento da União Europeia, incorporou o enunciado do acesso ao direito e à justiça¹³¹ conferindo-lhe o mesmo sentido adotado pela CEDH e pela CADH, de modo a permitir que todos os cidadãos e entidades pudessem invocar a tutela dos seus direitos.

Inicialmente formatada como acordo interinstitucional e lançada como simples proclamação política, a Carta não externou carácter diretamente obrigatório, os seus enunciados são concretizados por intermédio das decisões do TJCE, não no sentido de constituírem base jurídica para criação, na esfera jurídica dos indivíduos, de direitos diretamente invocáveis, mas de evidenciarem a presunção de existência de direitos revelados pelas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros¹³².

53. O Tratado de Roma, de 1953, renomeado pelo Tratado de Lisboa para Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), juntamente com a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), e o Tratado da União Europeia (TUE) constituem as normas que integram o estatuto jurídico-político fundamental da União Europeia, cujos textos, apesar de incorporarem disposições de natureza constitucional aproximadas do modelo federativo, não têm o condão de qualificá-la como Estado Federal¹³³.

Nos termos do Tratado de Lisboa, são os Estados soberanos que definem os fins comuns, “estatuem os objetivos a prosseguir conjuntamente no âmbito da União, estipulam os seus limites em função do princípio da subsidiariedade (e respectivos

próprios da construção europeia, pode traduzir-se numa garantia minimalista de tais direitos, instrumentalizado-os em função daquele escopo de natureza essencialmente económica” (O Impacto da Carta dos Direitos Fundamentais na UE. In: MARTINS, Ana Maria Guerra. *Estudos de Direito Público: Direito da União Europeia, Direito Internacional Público e Direito Constitucional*, vol. I. Lisboa: Almedina, pp. 153-193, 2003, p. 157).

¹³¹ Art. 47. (Direito à acção e a um tribunal imparcial). Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma acção perante um tribunal. Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo. É concedida assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efectividade do acesso à justiça.

¹³² Conferir as conclusões apresentadas pelo Advogado-Geral Poiares Maduro no Processo nº C-305/05 (*Ordre des barreaux francophones c. Conseil*).

¹³³ PIÇARRA, Nuno. O Tratado de Lisboa em Perspectiva Constitucional. Uma apresentação à luz de 20 meses de vigência. In: PIÇARRA, Nuno (Coord.). *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa. Aspectos Centrais*. Coimbra: Almedina, pp. 15-37, 2011, p.19.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

mecanismos de controlo e de salvaguarda) e explicitam a via possível de devolução desses poderes em benefício dos Estados-Membros”¹³⁴.

O exercício do poder é partilhado entre os Órgãos que representam os Estados-Membros (Conselho Europeu e Conselho de Ministros), os cidadãos (Parlamento Europeu) e a própria União (Comissão Europeia), diferenciando-se os órgãos políticos daqueles responsáveis pela prestação da tutela jurisdicional (representados pelo Tribunal de Justiça da União), competentes para decidirem sobre os direitos suscetíveis de serem projetados diretamente no patrimônio jurídico dos particulares¹³⁵.

54. O Tratado de Lisboa, em consonância com o disposto no artigo 2º do TUE, recepcionou como valores fundamentais da União, a dignidade humana, a liberdade, a democracia, a igualdade, o Estado de Direito e o respeito aos direitos humanos, tratando-os como parâmetros normativos no processo de aplicação/interpretação do direito da União desenvolvido no TJCE e nas Cortes nacionais.

O Texto manteve o regulamento, a diretiva e a decisão como fontes de direito derivado emanadas do exercício das funções legislativa e executiva da União, e prevê a responsabilidade dos Estados-Membros, nos termos do artigo 291º do TFUE, pela adoção das medidas necessárias à execução dos atos juridicamente vinculativos da União¹³⁶.

O valor liberdade inspira os objetivos da União e respalda as medidas aplicadas no espaço de liberdade, segurança e justiça, com o objetivo de garantir a livre circulação de pessoas, serviços e capitais, a observância dos princípios democráticos que impõem

¹³⁴ VITORINO, António. A “Casa Europeia” de Lisboa. In: PIÇARRA, Nuno (Coord.). *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa. Aspectos Centrais*. Coimbra: Almedina, pp. 39-45, 2011, p.19

¹³⁵ Ana Maria Guerra MARTINS lembra que “antes do TL a União Europeia dispunha de uma estrutura tripartida a qual se repercutia ao nível dos procedimentos de decisão das fontes do direito derivado e do controlo jurisdicional dos actos e normas adoptados (...). A jurisdição do Tribunal de Justiça estava completamente excluída do âmbito da PESC e muito limitada no que diz respeito à CPJMP, o que tinha igualmente consequências ao nível do valor do Estado de Direito (rule of law) e da proteção dos direitos fundamentais, nomeadamente da proteção jurisdicional efectiva”. (Os Fundamentos Axiológicos da União Europeia após o Tratado de Lisboa. Um estudo sobre o artigo 2º do TUE. In: PIÇARRA, Nuno (Coord.). *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa. Aspectos Centrais*. Coimbra: Almedina, pp. 47-79, 2011, p.67).

¹³⁶ Leciona Nuno PIÇARRA que “os Tratados na ‘versão Lisboa’ passaram a elencar pela primeira vez, à maneira de uma constituição federal, as competências compartilhadas com os Estados-Membros e ainda uma terceira categoria denominada competência (da União) “para desenvolver ações destinadas a apoiar, coordenar ou completar a ação dos Estado-Membros” (artigos 2º a 4º e 6º do TFUE)”. (O Tratado de Lisboa em Perspectiva Constitucional. Uma apresentação à luz de 20 meses de vigência. In: PIÇARRA, Nuno (Coord.). *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa. Aspectos Centrais*. Coimbra: Almedina, pp. 15-37, 2011, p.26).

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

às instituições, órgãos e organismos da União o dever de assegurar a igualdade dos seus cidadãos em todas as suas atividades, e de adotar decisões o mais aproximado possível da realidade vivenciada pelos destinatários das normas.

A União Europeia (UE), enquanto estrutura fundada no Direito, é integrada por “tribunais independentes e imparciais capazes de assegurar o respeito à Ordem Jurídica em causa”, e ao direito de acesso à justiça, de modo a que toda norma ou ato jurídico possa ser submetido ao controle jurisdicional¹³⁷, e de garantir a observância dos direitos fundamentais catalogados na CDFUE¹³⁸.

Para além de ter alargado as perspectivas de acesso dos indivíduos aos tribunais da União Europeia¹³⁹, ao conferir legitimidade ativa às pessoas singulares e coletivas para demandarem a anulação de atos que os afetem diretamente (artigo 263º, nº 4, do TFUE), o TL permite a adesão da UE à CEDH possibilitando a convergência europeia no plano dos direitos fundamentais¹⁴⁰.

55. A CDFUE foi moldada como instrumento normativo de reconhecimento e declaração de direitos com vocação geral no âmbito da União. A interpretação/aplicação das suas normas em um dado contexto institucional e temporal não pode servir de

¹³⁷ MARTINS, Ana Maria Guerra. Os Fundamentos Axiológicos da União Europeia após o Tratado de Lisboa. Um estudo sobre o artigo 2º do TUE. In: PIÇARRA, Nuno (Coord.). *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa. Aspectos Centrais*. Coimbra: Almedina, pp. 47-79, 2011, p.70.

¹³⁸ A Carta não vincula todos os Estados-Membros. Por intermédio do Protocolo nº 30, o Reino Unido e a Polónia (e posteriormente a República Tcheca), no âmbito do Conselho Europeu de Bruxelas de 30.10.2009, obtiveram o acordo dos restantes Estados-Membros sobre a não aplicação da Carta nos respectivos ordenamentos jurídicos, de forma a impedir que as suas disposições sejam invocadas como fundamento para desaplicação, por desconformidade comunitária, das leis, práticas e ações administrativas internas em matéria de direitos sociais.

¹³⁹ Com o TL o TJCE assume a competência para apreciar e julgar processos no domínio do ELSJ, observadas as limitações fixadas pelo artigo 276º do TFEU.

¹⁴⁰ A atribuição de força jurídica vinculativa à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, pela adesão da UE à CEDH (artigo 6º do TUE), reforça a cidadania europeia na esfera dos valores da União. A adesão das Comunidades Europeias à CEDH continua problemática. Maria Luísa DUARTE assinala que “vários obstáculos de natureza técnico-jurídica condicionam o processo de adoção e tornam mesmo depois da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, incerta a concretização deste objectivo (...). O acto de adesão, sob a forma de acordo internacional entre a UE e as Partes Contratantes da CEDH, exige decisão unânime do Conselho, após aprovação do Parlamento Europeu, a sua entrada em vigor depende da aprovação por parte de todos os Estados-Membros (...), e pressupõe respostas adequadas a questões relacionadas com a representação da União nas instâncias de controlo da CEDH, à existência de regras claras de imputação da responsabilidade à União ou/e Estados-Membros pela violação da CEDH, à garantia da actual situação de vinculação dos Estados-Membros, mormente no que se refere às reservas”. (O Tratado de Lisboa e o Sistema Europeu de Protecção dos Direitos Fundamentais. In: PIÇARRA, Nuno (Coord.). *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa. Aspectos Centrais*. Coimbra: Almedina, pp. 81-98, 2011, p.88-90).

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

limitação à atividade de interpretação/aplicação desenvolvida pelos tribunais da União e dos Estados-Membros¹⁴¹.

O seu conteúdo, emancipado do vínculo económico que tradicionalmente servia de critério para a fundamentalização dos direitos, partilha da mesma força jurídica dos demais tratados da União e integra o seu bloco de fundamentalidade. O catálogo de direitos que chancela não incorporou inovações capazes de acarretar alterações na maneira de como o TJCE interpreta e aplica as normas garantidoras de direitos no âmbito da UE¹⁴².

Na União Europeia a norma básica do sistema de proteção aos direitos humanos é o artigo 6º do TUE, que estatui um modelo aberto de reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais para além dos codificados na CDFUE e chancelados nos Tratados como princípios gerais, e dos consagrados na CEDH e pelas tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros.

Na formatação estabelecida pelo TUE, o TJCE tem a função precípua de garantir, no processo de interpretação/aplicação das normas pactícias, o respeito aos direitos fundamentais mediante a operacionalização do controle da legalidade das normas comunitárias, das decisões adotadas pelo Conselho que estabeleçam medidas restritivas contra pessoas singulares ou coletivas (artigos 23º, 263º e 275º do TUE), e da atuação do julgador nacional quando aplica direito da União (artigo 19º, do TUE)¹⁴³.

A legitimidade ativa dos particulares, consolidada no artigo 263º do TUE (ex-artigo 230º do TCE) foi remodelada no sentido de dispensar a demonstração do vínculo individual entre o ato impugnado e o particular recorrente, quando o pleito tiver por

¹⁴¹ AMARAL, Diogo Freitas do, e PIÇARRA, Nuno. O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito da União Europeia: Uma ‘Evolução na Continuidade’. In: *Revista Mestrado em Direito – Direitos Humanos Fundamentais*. Osasco: Centro Universitário FIEO, ano 9, nº 1. pp. 187-222, Jan./Jun. 2009.

¹⁴² Maria Luísa DUARTE esclarece que “com o TL, em matéria de direitos fundamentais, prevaleceu – e bem – o método comunitário do aperfeiçoamento gradual e pragmático dos meios jurídicos adequados à garantia do nível mais elevado de proteção. Tão ou mais importante de que a positivação das normas garantidoras e a formalização do sistema de tutela judicial em articulação com o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem será a perspectiva que o Juiz comunitário, em especial o Tribunal de Justiça da União Europeia, vier a tomar sobre o âmbito da proteção dos direitos e o estatuto dos particulares no funcionamento das vias de direito” (O Tratado de Lisboa e o Sistema Europeu de Protecção dos Direitos Fundamentais. In: PIÇARRA, Nuno (Coord.). *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa. Aspectos Centrais*. Coimbra: Almedina, pp. 81-98, 2011, p.98).

¹⁴³ No acórdão do TJCE, de 3.9.2008 (C-404/05P e C-415/05P, Colect. 2008, p. I-6351) ficou assentado que a fiscalização pela Corte da “validade dos actos comunitários à luz dos direitos fundamentais deve ser considerada a expressão, numa comunidade de direito, de uma garantia constitucional decorrente do Tratado CE enquanto sistema jurídico autónomo” (nº 316).

objeto a impugnação a atos regulamentares que lhe digam respeito diretamente e não necessitem de medidas de execução. Quando a demanda referir-se a atos legislativos ou aos demais atos jurídicos que requeiram medidas de execução nacionais ou eurocomunitárias, mantem-se a exigência de comprovação da afetação direta e individual (artigo 289º do TFUE) ¹⁴⁴.

1.4.4. Novos modelos – novas molduras.

56. A concretização do direito de acesso à justiça em quaisquer dos seus espaços de expressão, mesmo quando se materializa como norma fundamental, é frequentemente exposta à objeção que põe em dúvida a legitimidade da imposição do conteúdo construído e predeterminado por gerações passadas aos fenômenos jurídicos aperfeiçoados em realidades distintas daquela na qual o texto normativo foi formatado.

Indaga-se sobre qual órgão do poder estaria legitimado para fixar a moldura do enunciado e atribuir-lhe significado. Se um legislador ‘iluminado pela razão’ e restaurador de um direito natural capaz de suplantar os demais direitos, ou algum órgão ou conjunto de órgãos habilitados a substituírem o soberano na função de emitir comandos normativos, ou, ainda, o detentor de um poder constituinte imune às conveniências dos governantes, capacitado para estabelecer princípios fundamentais e os respectivos limites¹⁴⁵.

O recurso a qualquer das alternativas postas pressupõe a submissão à ideia de que o texto normativo no qual o enunciado do acesso ao direito e à justiça for encartado, em tese, consubstancia expressão da vontade de uma nação ou de um conjunto de nações soberanas, que justifica e abona a obediência ao seu conteúdo.

¹⁴⁴ Cf.: VILAÇA, José Luís da Cruz. O Tratado de Lisboa e a Política de Concorrência. In: PIÇARRA, Nuno (Coord.). *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa. Aspectos Centrais*. Coimbra: Almedina, pp. 195-204, 2011, p.200, e GOMES, Carla Amado e ANTUNES, Tiago. O Ambiente e o Tratado de Lisboa: uma relação sustentada. In: PIÇARRA, Nuno (Coord.). *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa. Aspectos Centrais*. Coimbra: Almedina, pp. 205-233, 2011, p.231.

¹⁴⁵ Para análise mais aprofundada sobre o tema, ver: SANCHIS, Luiz Prieto. Constituição Y Democracia. In: *Justiça Constitucional Y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, pp. 137 a 174, 2003; DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. *O Direito como Garantia: Pressupostos de uma Teoria Constitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003; HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 1991; SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998; CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em Busca da Judicialização da Política no Brasil: Apontamentos para uma Nova Abordagem. In: *Revista de Sociologia e Política*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, nº. 23, pp. 115-126, Nov. 2004.

Essa construção é nutrida pela visão contratualista que informa em nossos dias as relações sociais e as interações entre as sociedades, e serve de fundamento à imposição do respeito aos limites formais e substanciais previamente estabelecidos nos ordenamentos, e do dever de justificar as limitações e supressões de direitos, além de respaldar a construção de um sistema de controle de efetivação dos direitos, acessível e exercido por agentes não submissos às conveniências do legislador.

57. Nos sistemas jurídicos democráticos contemporâneos, a fixação da moldura, conteúdo e significado do direito de acesso à justiça tem se consolidado como função vinculada ao exercício da atividade jurisdicional substitutiva do procedimento legislativo e reveladora da vontade encartada dos textos normativos¹⁴⁶.

No espaço doméstico incumbe às Cortes, quando confrontados com uma situação litigiosa, definir a norma apta a incidir e estabelecer qual o sentido e a extensão do seu comando normativo, função que no plano internacional e comunitário é conferida aos Tribunais Supranacionais, enquanto órgãos responsáveis pela interpretação e aplicação dos tratados e demais diplomas internacionais e comunitários,

¹⁴⁶ Sobre o assunto conferir: ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Tradução Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1999; MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Efetiva. In: *Revista da Escola Nacional da Magistratura*. Brasília: Escola Nacional da Magistratura, ano I, nº 1, pp.68-81, Abril 2006; TARUFFO, Michele. Dimensões Transculturais da Justiça Civil. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco*. Recife: ESMape, volume 5, nº 11, pp. 291-343, Jan./Jun. 2000; CARPENA, Márcio Louzada. Da Garantia da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e o Processo Contemporâneo. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *As Garantias do Cidadão no Processo Civil: Relações entre Constituição e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 11-30, 2003; OTERO, Paulo. A Crise na concretização jurisdicional da Justiça. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar e BARBAS-HOMEM, António Pedro (Orgs.). *O Debate da Justiça*. Lisboa: Visilis, 2001; FERREIRA, Fernando Guimarães. Consolidação da personalidade judiciária dos Poderes Judiciário e Legislativo. In: *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros – Cidadania e Justiça*. Rio de Janeiro: Publicação da Diretoria de Comunicação Social da AMB, ano 4, nº 8, pp. 6-15, 1º Semestre/2000; TROCKER, Nicolò. (i) Dal giusto processo all'effettività dei remedi: l'azione nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo Parte Prima. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, anno LXI, nº 1, pp. 35-65, Marzo 2007; (ii) Dal giusto processo all'effettività dei remedi: l'azione nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo Parte Seconda. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, anno LXI, nº 2, pp. 438-460, Giugno 2007; MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. Trad. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes de Albuquerque. In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, n. 11. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2000, p. 125-56; e, MÜLLER, Friedrich. (i) *Teoria Estruturante do Direito*. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2009; (ii) *O Novo Paradigma do Direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes*. Trad. Ana Paula Barbosa-Fohrman et all. São Paulo: RT, 2009.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

e pela fixação do real teor dos direitos neles consagrados, em consonância com as pautas políticas sagradas nos textos pactícios¹⁴⁷.

A atribuição de competência aos órgãos jurisdicionais nacionais e supranacionais para produzirem conteúdos normativos fundados em textos legais ou convencionais, no âmbito de um processo de concretização de direitos qualificados como fundamentais, além de ter provocado transformações estruturais no plano internacional e comunitário, ensejou a qualificação da jurisprudência como principal fonte de revelação do teor e do significado dos enunciados normativos dotados de fundamentalidade.

No contexto internacional e comunitário, sobretudo, no cenário consolidado no âmbito da UE, a construção jurisprudencial também é orientada no sentido de possibilitar a coexistência entre as normas positivadas nos vários sistemas jurídicos, e delinear os princípios fundamentais comuns aos diversos Estados¹⁴⁸.

É no plano jurisdicional que se desenvolve o processo de acomodação do direito interno ao direito internacional e comunitário e de estabilização dos mecanismos idealizados para assegurar o primado das normas pactícias sobre o direito doméstico, a partir do controle da aplicação das normas de direito internacional e comunitário pelos Estados, e da promoção do respeito ao princípio da legalidade¹⁴⁹.

58. No espaço da União Europeia o primado do direito internacional sobre as legislações nacionais¹⁵⁰ possibilitou a edificação de um sistema de aplicabilidade direta das normas da comunidade voltado para prevenção de eventuais conflitos entre as leis nacionais e as comunitárias.

O princípio do primado da norma comunitária, hoje norma basilar da UE, enquanto preceito que vincula todos os órgãos estatais, em especial, os integrantes do

¹⁴⁷ GARCIA, Ricardo Alonso. Un Nuevo Modelo de Justicia Constitucional para el Nuevo tratado Constitucional Europeo. In: *Revista de Direito Público do Instituto Brasileiro de Direito Público*. São Paulo: IOB Síntese, n 8, pp.93-100, Abr-Maio-Jun/2005.

¹⁴⁸ Cfr.: MENDES, Gilmar. A Justiça Constitucional nos Contextos Supranacionais. In: *Revista de Direito Público do Instituto Brasileiro de Direito Público*. São Paulo: IOB Síntese, n 8, Abr-Maio-Jun/2005, pp.55-91.

¹⁴⁹ BARACHO, José Alfredo Oliveira. Teoria Geral do Direito Constitucional Comum Europeu. In: *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros – Cidadania e Justiça: Os Reflexos da Globalização nos Institutos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Diretoria de Comunicação Social da AMB, ano 5, nº 11, pp.19-45, 2º semestre de 2001.

¹⁵⁰ GOMES, Eduardo Biacchi. A Supranacionalidade e os Blocos Econômicos. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, nº. 53, pp.310-335, out.-dez./2005, p. 318.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

poder jurisdicional, obrigando-os a aplicar as disposições de Direito Comunitário e da UE, impõe o respeito ao enunciado que garante o acesso equitativo ao direito e à justiça e a obrigação de assegurar a eficácia plena do seu conteúdo¹⁵¹.

59. Esta, contudo, não tem sido a realidade vivenciada na atuação jurisdicional da CIDH.

No espaço interamericano, a opção por um sistema que não privilegia a criação de normas de direito internacional de aplicabilidade automática, ao vincular a sua eficácia no âmbito interno ao posicionamento chancelado nos órgãos responsáveis pelo controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, tem dificultado a uniformização do discurso jurisprudencial sobre a promoção do acesso equitativo ao direito e à justiça, e impedido a sua efetivação como categoria normativa fundamental irmanada ao respeito à dignidade humana.

A despeito dos progressos verificados no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e das inovações inseridas no Regulamento da CIDH, em vigor desde 01 de janeiro de 1997, no sentido de permitir a provocação direta e autônoma da Comissão pelas supostas vítimas, seus familiares ou representantes, não se pode falar em justiciabilidade plena dos direitos fundamentais no espaço interamericano.

Para além de manter a Comissão e os Estados que tenham ratificado ou aderido à Convenção¹⁵² como únicos legitimados para provocarem a tutela jurisdicional internacional, a prestação jurisdicional contenciosa permanece condicionada ao consentimento ou reconhecimento Estatal da competência da Corte¹⁵³.

Ao contrário do que se visualiza no plano europeu, a outorga da capacidade processual internacional, no espaço interamericano é contingente, notadamente, em virtude da falta de normatização pela Convenção, do direito individual de interpor ação

¹⁵¹ KEGEL, Patrícia Luiza. A Teoria Constitucional no Âmbito do Processo de Integração Europeu. In: *Revista de Direito Internacional e Econômico*. São Paulo: IOB Síntese, nº 1, pp.126-131, Out-Nov-Dez/2002, p. 128.

¹⁵² O artigo 23 desse Novo Regulamento autoriza aos representantes das vítimas ou de seus familiares apresentarem seus próprios argumentos e provas de forma autônoma, possibilitando o posicionamento do indivíduo num *locus standi* no âmbito do procedimento perante a Corte

¹⁵³ A expressa aceitação competência contenciosa da Corte pelo Estado demandado é revelada como cláusula pétreia que não admite ressalvas.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

judicial internacional de natureza civil, como prerrogativa inderrogável de todos quantos se encontrem sob a jurisdição dos Estados-Membros da OEA¹⁵⁴.

¹⁵⁴ Mauro CAPPELLETTI pondera que, no âmbito interamericano, o direito de petição individual ocupa a posição de verdadeira reclamação judicial ou comunicação judicial relativa às violações a direitos fundamentais. Define-o como recurso de amparo individual a nível supranacional, que se exerce com base “en un ‘*bill of rights transnacional*’ ante un organismo también transnacional”, que “consiste específicamente no derecho de toda persona humana, víctima de una violación a sus derechos humanos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos o La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, o cualquier otro instrumento internacional sobre la materia, a interponer una petición ante La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando dicha violación provenga de cualquiera de los órganos del poder público de un Estado Miembro de la OEA” (In: *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*. C.A. México: Editorial Porrúa, 1993, p. 45).

2. Revelação do acesso ao direito e à justiça nos sistemas jurídicos do ocidente.

2.1. Acesso ao direito e à justiça como aspiração comum.

1. Enquanto meio que viabiliza a contenção dos conflitos sociais, o acesso ao direito e à justiça revela-se essencial à tutela jurídica dos direitos e serve como invariante axiológica que determina a essência da atividade estatal de distribuição da justiça.

Normatizado, a sua concretização vincula-se aos valores jurídicos da ordem, da segurança, da paz social e da justiça, que lhe atribuem um sentido prático, e é condicionada pelo nível de satisfação (individual e coletivo) com o processo de produção e reprodução do direito¹⁵⁵.

2. A eficácia social do conteúdo do direito de acesso à justiça varia de acordo com o grau de aceitação da sua normatividade por aqueles que compõem a comunidade jurídica¹⁵⁶. Quanto maior a convicção acerca da sua legitimidade, menor força terão os fatores que bloqueiam a sua concretização.

Somente há plenitude de acesso à justiça e ao direito quando o seu teor aperfeiçoa-se associado aos valores de segurança e de justiça consagrados no ordenamento, e à medida que forem efetivados os princípios correlatos da legalidade, da irretroatividade, da igualdade, da universalidade de jurisdição, do contraditório e do devido processo legal.

Acesso e segurança jurídica constituem faces de uma mesma realidade normativa e aspectos irrenunciáveis de qualquer ordenamento que se proponha a conferir certeza às garantias individuais, assegurar a liberdade de cada um e de todos e concretizar um ambiente igualitário que permita a expressão da justiça como valor mais almejado.

3. O conceito de justiça enquanto valor moldado a uma realidade concreta e atrelado às determinantes axiológicas, histórica e culturalmente incorporadas, tem a ver

¹⁵⁵ Cf.: HART, H. L. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994; ENGISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. J. Batista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988; e, SÁNCHEZ, Santiago Carretero. *Nueva Introducción a la Teoría del Derecho*. Madrid: Dykinson/Servicio de Publicaciones de L'Universidad Rey Juan Carlos, 2005.

¹⁵⁶ Cf.: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Bueno Sibeneicheler. Vol. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

com a concepção de igualdade em vigor, com as necessidades e interesses socialmente defensáveis, e com o dimensionamento de comportamentos individuais e coletivos vinculados à edificação de uma sociedade justa¹⁵⁷.

O discurso sobre o acesso ao direito e à justiça, nesse contexto, congrega a identificação dos atos passíveis de terem a ‘justiciabilidade’ questionada segundo os padrões subjetivos e históricos de justiça em voga, e de serem relacionados com os mecanismos sociais de distribuição de direitos e deveres fundamentais, com as formas de como as decisões políticas e jurídicas são tomadas e executadas, e com a atribuição de privilégios a certos interesses¹⁵⁸.

4. Nas instituições contemporâneas, a moldura das vias oficialmente disponibilizadas para a tutela dos direitos é fixada pelos próprios ordenamentos jurídicos. Quanto mais democrática a sociedade e reduzidos os mecanismos de exclusão, maior será o nível de acesso igualitário ao direito e à justiça e o grau de efetividade normativa.

Acessibilidade e efetividade não dependem apenas do grau de normatividade ou da amplitude dos meios de tutela disponibilizados, estão vinculadas, especialmente, à conduta dos intérpretes/aplicadores do direito no espaço de judicialização das normas, à problemática ético-social no plano da realização do direito e da solução das contingências linguísticas no âmbito da interpretação/aplicação das normas, ao perfil dos ritos processuais vigentes na esfera das instâncias decisórias oficiais, ao espaço de admissibilidade das demandas e às vias de exercício do direito de defesa¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Paulo Cesar Santos BEZERRA leciona que o direito contempla o valor justiça atribuindo-lhe um sentido transcendente, incorporando-o com o aspecto ético indissociável de qualquer experiência jurídica, vivenciada tanto na elaboração da lei, como na sua interpretação ou aplicação (*Acesso à Justiça: Um problema ético-social no plano da realização do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 26).

¹⁵⁸ Idealizado como mecanismo de composição de conflitos, de bloqueio ao poder arbitrário e de redução das desigualdades, o direito pode ser manipulado como instrumento eficiente de controle e dominação, e técnica racional de legitimação de privilégios, ainda que mantido conectado ao componente ético-social consolidado nas variantes axiológicas (ideológicas e jurídicas) historicamente acatadas como justas, a fim de que as normas sejam consideradas adequadas e suficientes para a disciplina das condutas, e aptas para incorporarem a garantia do direito de invocar tutela jurídica preventiva, restauradora ou repressiva contra todas as formas de ameaça e negação ao seu livre exercício.

¹⁵⁹ Nas sociedades ou organismos comunitários onde o ordenamento não viabiliza ou dificulta o acesso à justiça a determinados segmentos sociais, o conjunto dos excluídos tende a instituir mecanismos e regras próprias para composição dos litígios e satisfação dos interesses, edificando um direito paralelo não oficial operante à margem do sistema posto. Nesses cenários, a desobstrução das vias de acesso depende do suprimento das deficiências de instrução, do aumento do grau de politização dos cidadãos, da redução da miséria ou hipossuficiência econômica e do incremento da capacidade de mobilização e organização das classes sociais.

Quando posicionado como ‘supradireito’, o enunciado do acesso equitativo ao direito e à justiça adquire a roupagem de acesso à ordem jurídica justa e consolida-se como princípio gestor que informa e orienta todo ordenamento jurídico. Revela-se imune à normatização positiva (direito posto) por preceder a qualquer positivação (judicial ou legislativa) do direito; dotado de caráter universal, por afetar todos os povos e homens; detentor do caráter perpétuo, por incorporar as aspirações e valores dos homens como promotores da ordem social; e qualificado pelo atributo da essencialidade, por não se conceber grupamento humano desprovido do objetivo de promover um mínimo de acessibilidade à ordem jurídica aos seus integrantes.

Por congregar valores que influenciam a concepção do processo como instrumento de realização da justiça, a promoção do acesso ao direito tem a ver com a efetividade dos precedentes e das diretrizes constitucionais e legais que conduzem à ordem jurídica justa e garantem a ampla admissão ao processo, com o respeito ao devido processo legal enquanto garantia da admissão ao processo, da participação equânime das partes na formação do convencimento do julgador, da justiça das decisões e da utilidade prática da jurisdição e com as formas de estabilização judicial dos direitos¹⁶⁰.

5. Em qualquer contexto de incidência normativa a concretização do direito de acesso à justiça torna evidentes as contingências que dizem respeito ao seu enquadramento como princípio jurídico, a sua qualificação como categoria normativa, e a delimitação das origens e funções dos conceitos que o exprimem.

Das fórmulas idealizadas pelos diversos sistemas jurídicos do ocidente para solucionar as idiossincrasias decorrentes da colocação dessas questões, e daquelas resultantes da vagueza e manipulação abusiva dos seus conteúdos, as estruturadas nas nações de ‘direito codificado’ e nos países do ‘direito judicial’ são as que suscitam maiores embates.

2.2. Acesso ao direito e à justiça como princípio jurídico.

¹⁶⁰ A superioridade do seu enunciado no âmbito dos sistemas jurídicos domésticos, na formulação de Canotilho, decorre da sua fundamentalidade formal e material, em virtude do que, deve se submeter aos limites formais (ritos específicos) e materiais (cláusulas pétreas) constitucionalmente fixados, incorporar aplicabilidade imediata e capacidade de vincular, de plano, entes públicos e privados.

6. Na atualidade, independentemente do sistema jurídico em que operem, os direitos não podem ser inferidos apenas das prerrogativas deduzidas de normas gerais ou de textos legais específicos, mas, também, podem ser abstraídas das situações conflituosas concretas.

O direito de acesso (ao direito) e à justiça antes de ser revelado e rotulado como categoria normativa, integra o lastro principiológico que informa, orienta e confere consistência a todo sistema jurídico, contexto no qual tem eficácia autônoma e desvinculada de qualquer norma idealizada com o fito de garantir a sua efetividade¹⁶¹.

A justificação do seu conteúdo, enquanto princípio normativo indissociável dos ordenamentos jurídicos democraticamente constituídos, é condicionada pela natureza institucional da prestação da tutela jurisdicional dos direitos desenvolvida com a finalidade de alcançar a pacificação social.

A verificação da sua operatividade e dos seus efeitos como princípio jurídico, nos diversos sistemas normativos, depende da maneira como são efetivados os mecanismos de recepção, expressão e revelação normativa idealizados nos sistemas codificados ou fechados, e no modelo aberto do direito inglês e anglo-americano¹⁶².

7. Nesse formato, revela-se como mero ponto de partida da argumentação jurídica, impreciso e não vinculante, passível de adquirir o caráter de norma concreta. Ainda assim, não se confunde com as normas jurídicas em sentido técnico por não incorporar teor obrigatório e ser tratado como causa e critério de justificação para atribuição de conteúdo aos preceitos jurídicos.

A sua conversão em ‘instrução positiva concreta’ pressupõe a identificação do seu valor normativo por intermédio da atividade jurisdicional desenvolvida conforme rito previamente estabelecido, seja no âmbito do processo de formação de precedentes ou de atribuição de autoridade à tradição judicial ou doutrinária.

¹⁶¹ HOHFELD, W. N. *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1991.

¹⁶² Para Josef ESSER, no plano da normatização internacional é possível destacar entre os princípios jurídicos os evidenciados como máximas necessárias, por estarem atrelados à idéia de direito, os densificados a partir da sua vinculação a uma instituição e aqueles expressamente recepcionados e afirmados pelo direito positivo das nações civilizadas. Em qualquer situação, é possível detectar três classes de princípios, os axiomáticos no sentido construtivo moderno, os problemáticos ou ideias básicas no sentido retórico e os princípios dogmáticos. (In: *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*. Traducción del alemán por Eduardo Valenti Fiol. Barcelona: Boch, Casa Editorial, 1961, p. 62).

Ao sujeitar-se a esses pressupostos tanto a sentença judicial proferida em caso particular, como o corpo jurisprudencial tornado uniforme e constante, são convertidos em mecanismos de transformação do seu teor em preceito ou instituto jurídico positivado¹⁶³.

8. Assim visualizado, o direito de acesso à justiça revela-se como juízo de valor baseado em critérios pré-jurídicos ligados à ética, à política social e à administração da justiça, passível de ser transformado em verdade jurídica com vigência positiva por intermédio de um processo institucionalizado de interpretação/aplicação.

A sua qualificação jurídica é, portanto, definida no âmbito de um processo que o evidencie como direito segundo critérios institucionalmente prescritos. Enquanto princípio jurídico só incide com força constitutiva ou criadora de normas quando inserido num sistema (axiomático) que lhe confira um ‘valor de derivação conceitual’ lógico e racional, e o autorize a operar normativamente como parcela juridicamente dogmatizada do sistema de normas, ou quando manipulado como ponto de partida da construção jurisprudencial baseado na tradição e na força dos precedentes obrigatórios.

Com esse atributo, ainda que subsista como princípio não inscrito, mantém-se como verdade elementar intocável, sobretudo, no plano institucional, onde o seu caráter autônomo e supralegal é evidenciado com maior vigor e lhe confere o traço de norma fundamental superior.

9. Nos sistemas jurídicos codificados do ocidente, ao lado de outros princípios jurídicos, o do acesso ao direito e à justiça, quando normatizado, é erigido ao mesmo patamar no qual são posicionadas as normas constitucionais, e ainda quando positivado pode ser deduzido das máximas recepcionadas pelo sistema como indispensáveis à manutenção da estrutura do ordenamento¹⁶⁴.

Mesmo que não incorporado ao direito positivo, ou não transformado em instituto jurídico expresso, o acesso ao direito e à justiça, nas nações democráticas, é

¹⁶³ A identificação de novos princípios suscetíveis de serem reconhecidos, tecnicamente, como novas normas somente é possível no âmbito de um processo de tomada de decisão onde se possibilite a incorporação de um corolário à estrutura de um instituto jurídico, a ‘fusão interpretativa’ de princípios na *ratio legis* das normas e a consolidação de um pensamento jurídico comum em vários institutos jurídicos, para além da sua pertinência histórica, filosófica, social e econômica.

¹⁶⁴ VIGO, Rodolfo Luis. Los principios jurídicos y su impacto en la teoría actual. In: *Persona y Derecho*. Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, nº 44, pp. 65-102, 2001.

posicionado no plano das diretrizes ou princípios informativos que vinculam os legisladores e os intérpretes/aplicadores das normas.

Estabilizado pela via institucional, legislativa ou judicial, incorpora caráter normativo que o habilita a ser manejado e interpretado pelo conjunto de intérpretes/aplicadores como norma válida e plenamente eficaz nos limites do reconhecimento institucional, inclusive para dar suporte a novos institutos jurídicos¹⁶⁵.

10. A justiciabilidade do direito de acesso à justiça enquanto princípio jurídico, está relacionada com a “unívoca significação do padrão de valor a que remete, (e) às convicções gerais ou *standards* existentes”¹⁶⁶, com a natureza do interesse cuja proteção é demandada, com o programa de política jurídica e de estruturação técnica que lhe confere suporte, e com os mecanismos de solução das tensões existentes entre os princípios jurídicos chancelados pelo ordenamento¹⁶⁷.

Como pressuposto necessário à efetivação do direito e da justiça e instrumento estabilizador dessas forças conservadoras, o princípio jurídico do acesso à justiça aperfeiçoa-se como fonte instrumental do direito, aberta às inovações que não acarretem solução de continuidade ao exercício da jurisdição, ou inviabilizem a ação criadora da jurisprudência¹⁶⁸, e como máxima universalmente reconhecida pelas nações civilizadas, cuja validade positiva depende do reconhecimento institucional no âmbito do processo de criação de normas judiciais¹⁶⁹.

11. No âmbito do processo de concretização normativa incide como parâmetro para o aperfeiçoamento das técnicas de aplicação e interpretação das normas e o aprimoramento dos métodos de fundamentação das decisões, viabilizando a

¹⁶⁵ SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. *Para uma Crítica da Eficácia do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1984.

¹⁶⁶ ESSER, Josef. *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*. Traducción del alemán por Eduardo Valenti Fiol. Barcelona: Boch, Casa Editorial, 1961, p. 90.

¹⁶⁷ ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. J. Batista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

¹⁶⁸ Cf.: ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Tradução Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963; RAWLS, John. (i) *Uma Teoria de Justiça*. Trad. Carlos Pinto Correia. Lisboa: Presença. 1993. (ii) *Justicia como Equidad. Materiales para una Teoria de La Justicia*. Trad. Miguel Angel Rodilla, Madrid: Editorial Tecnos, 1986; TEIXEIRA, António Braz. A ideia de justiça no pensamento contemporâneo. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*. Coimbra: Almedina, vol. I, pp. 37 – 63, 2000; e, FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Poder e Justiça. In: TÓRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Estudos em Homenagem a Nelson Saldanha: Direito e Poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Barueri: Manole, pp. 168-182, 2005.

¹⁶⁹ Esse caráter institucional é predeterminado em função da finalidade essencial do processo como instituição garantidora da ordem pública.

incorporação prática ao ‘*corpus iuris*’ positivo do conteúdo de outros princípios jurídicos pela via do reconhecimento judicial¹⁷⁰.

Assim contextualizado, é submetido a um ritual de contínua reelaboração que congrega valorações sobre as concepções culturais, sociais, econômicas e jurídicas que informam o processo de aplicação/interpretação normativa no plano da concretização jurisdicional do direito. A sua consolidação como valor jurídico relevante depende da sua caracterização como máxima resultante da prática jurisdicional¹⁷¹, fundada num conjunto de valores que o posicionam em plano de validade que não se sobreponha ao próprio direito, mesmo quando visualizado como expressão do direito natural com validade não atrelada à eficiência do ordenamento posto¹⁷².

O julgador, além de desempenhar o papel de intérprete/aplicador, atua como descobridor e criador do direito, ainda que esse perfilhamento coloque em questão a teoria clássica das fontes do direito e ponha em evidência novas discussões sobre o problema da subsunção, da função normativa do poder legislativo e da concepção do juiz como árbitro imparcial¹⁷³.

A jurisprudência, enquanto espaço de revelação concreta da interpretação e aplicação judicial do direito, estabiliza-se institucionalmente como fonte do direito e produto da interferência do intérprete/aplicador na função informadora das normas a fim de produzir, *in concreto*, resultados jurídica e socialmente justos e eficazes¹⁷⁴.

¹⁷⁰ Josef ESSER assinala que em todas as culturas jurídicas os princípios tendem a formação de um sistema e a um esquema de hierarquização lógica, pelo que a matéria queda reduzida um mínimo de axiomas utilizáveis e conceitos que se prestam à dedução. (In: *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*. Traducción del alemán por Eduardo Valenti Fiol. Barcelona: Boch, Casa Editorial, 1961, p. 10).

¹⁷¹ A positivação do seu teor resulta da recepção do seu enunciado por um ‘*corpus iuris*’ que o qualifica como elemento essencial para solução de situações conflituosas concretas.

¹⁷² Não se trata de estabelecer vedação a uma hierarquia de valores jurídicos, mas de agrupar, de um lado, os princípios positivados como direito vigente, e, de outro, aqueles que, desprovidos de tal atributo só incidem eventualmente em determinados casos integrando um processo de criação jurisprudencial.

¹⁷³ Num cenário em que o conteúdo do direito de acesso à justiça somente adquire caráter de direito positivo quando a sua substância é encarnada em uma instituição por ato constitutivo do legislador, pela via jurisprudencial ou por outros meios consolidados na prática jurídica.

¹⁷⁴ A valorização da jurisprudência, entretanto, não pode conduzir a um ‘realismo legalista’ tendente a reduzir o direito, exclusivamente, ao conteúdo das decisões jurisdicionais. Deve, quando muito, conformar-se num ‘realismo analítico’ que descortina “a extensão e riqueza originárias do *corpus iuris* real, que não se restringe nem a lei nem a um sistema interpretativo desta, ainda que compreenda um acervo sempre maleável de princípios, máximas e regras suscetíveis de converter-se em direito positivo e constituir parte da convicção vigente dos juízes – com relação às quais, deve, pois, posicionar-se de uma vez acerca do problema da sua localização e procedência” (ESSER, Josef. *Principio y Norma en la*

Nos sistemas de direito codificado, o ‘centro de gravidade’ do processo de concretização do acesso ao direito e à justiça como realidade normativa desloca-se desde o núcleo positivado até o conjunto casuístico determinado e informado pelos mesmos princípios que condicionam a conversão da atividade jurisdicional em fonte de direito, o seu enquadramento no esquema ideológico que revela o sistema normativo geral e as normas jurisprudenciais como preceitos autônomos, e a sua qualificação como mecanismo de inclusão na ordem jurídica positiva daquelas fórmulas que ao legislador escaparam no momento de produção legislativa¹⁷⁵.

12. Na ordem supranacional, a qualificação do direito de acesso ao direito e à justiça como princípio jurídico é tributária da consagração da ideia de que os princípios gerais do direito das nações civilizadas são princípios comuns e estão informados pelo mesmo pensamento jurídico.

Embora seja difícil sustentar a existência de uniformidade das concepções jurídicas nos cenários que congreguem múltiplas expressões culturais, a subsistência de diferenças estruturais entre sistemas jurídicos não impede que exista entre eles interações de valores e princípios, nem obsta que a expressão e tutela desses valores e princípios se aperfeiçoem por mecanismos comuns baseados nas máximas da justiça natural e em representações gerais que aproximam as instituições jurídicas consagradas nos diversos sistemas positivos¹⁷⁶.

Incorporado ao conceito de princípio geral do direito reconhecido pelas nações civilizadas, o princípio jurídico do acesso ao direito e à justiça qualifica-se como fonte primária do direito internacional, adquire eficácia e validade nos ordenamentos nacionais, regionais e comunitários, e firma-se na jurisprudência operante nos diversos sistemas jurídicos como valor supremo das comunidades dos povos civilizados.

Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado. Traducción del alemán por Eduardo Valenti Fiol. Barcelona: Boch, Casa Editorial, 1961, p. 30). (Tradução livre).

¹⁷⁵ A ideia de formação jurisprudencial do direito, tanto nos sistemas de direito casuístico como nos de direito codificado, é confrontada com o embate entre seguridade e estabilidade. Se, de um lado, dá ensejo à crítica sobre a afetação do princípio da ‘segurança jurídica’ pela contínua transformação que um regime impõe em razão da constante necessidade de adaptações do conjunto normativo às mudanças sociais, de outro, garante maior estabilidade às instituições à medida que viabiliza a supressão do estado de insegurança que decorre das incertezas resultantes da inutilidade da proteção legislativa.

¹⁷⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna – Introdução a uma teoria geral sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997; e, GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1998.

Nos sistemas nacionais adeptos do modelo romano-germânico a especialização da jurisprudência e a conversão dos pronunciamentos jurisdicionais em fontes de direito reveladoras de princípios jurídicos é orientada pelo recurso a valores imanes às normas positivadas nos processos de interpretação/aplicação do direito, enquanto mecanismo que possibilitam a composição de conflitos e a justificação das decisões aproximando-os do paradigma adotado no sistema da *common law*.

Prevalece no processo de concretização do direito de acesso à justiça a lógica da subsunção, viabilizada pela pré-existência de um conjunto de normas aplicáveis aos casos concretos no curso de um processo interpretativo e integrativo, que tende a desconsiderar os princípios abertos, as doutrinas e as máximas jurídicas como pontos de partida em prol da valorização dos princípios estruturais dogmaticamente provados e dos princípios básicos de cada instituto.

Por outro lado, nos sistemas do direito casuístico, a ausência de um conjunto normativo codificado permite que as regras sejam continuamente integradas e produzidas em conformidade com as especificidades de cada caso concreto, de modo a estabilizar os precedentes jurisprudenciais como autênticas fontes do direito.

2.3. O acesso à justiça na concepção romano-germânica.

13. Nos sistemas de direito codificado, as normas jurídicas constituem elemento estrutural do arcabouço estatal, estabelecem a organização político-jurídica, fixam os parâmetros de comportamento e os padrões interativos, definem os mecanismos e formas de composição dos litígios e traçam os limites e a moldura da criação, identificação, interpretação e aplicação dos seus conteúdos.

O processo de aplicação/construção jurisdicional do direito conforma-se como ponto culminante da revelação das normas jurídicas. Sentenças e acórdãos são caracterizados como expressão concreta da concepção do direito no contexto histórico-cultural no qual são proferidos¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Plauto Faraco de AZEVEDO destaca que, nesse cenário, o ensino jurídico “funciona como um sistema fechado em que gravitam os conceitos jurídicos cultivados com elevado grau de abstração que os afasta dos dados sociais reais, a tal ponto que os juristas tornam-se prisioneiros do tecnicismo”, e atua com o objetivo de elaborar um lastro argumentativo permeado por interesses pessoais, grupais, classistas e sociais. (In: *Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 13).

Com o objetivo de superar as limitações impostas pelos Códigos, o jurista de estirpe romano-germânica trabalha fundado na concepção de que todas as normas positivas são lastreadas em princípios de direito que, revelados, assumem o mesmo traço e idêntica normatividade das regras inseridas nos textos legais.

Diante de demandas fundadas em direitos não positivados (novos direitos), não lhe é permitido adotar soluções que não estejam mínima ou implicitamente amparadas pelo ordenamento geral, em virtude da ausência de autorização constitucional para que possa criar direito ainda que a situação concreta careça de tratamento legislativo.

A ‘criação judicial do direito’ não se desvencilha do conceito fundamental de que a resolução dos conflitos deve aperfeiçoar-se congruente com os princípios e pensamentos gerais do Direito vigente. Não é a sentença que adquire força de lei geral, mas o pensamento jurídico por ela reconhecido.

O direito ao qual se possibilita o acesso não tem vida sem interpretação, sem que no processo de concretização seja confrontado com as condicionantes sociais, políticas e econômicas que delimitam a sua revelação e alcance. Seu substrato teórico aparece vinculado a um contexto histórico-social que informa e orienta a sua aplicação e determina a validade e eficácia das normas jurídicas.

14. A sagração do acesso ao direito e à justiça como princípio jurídico não positivado ou como norma encartada em um texto positivo, consolida-se, não pelo fato de constar oficialmente em um texto formal ou por ser consagrado no entendimento jurisprudencial, mas por resultar de um processo no qual o seu conteúdo é continuamente adequado às novas conjunturas econômicas e sociais segundo o programa de política jurídica em vigor.

Para o ajustamento dessa prática à ideologia do sistema codificado é comum o próprio legislador fazer remissão expressa à utilização dos princípios jurídicos gerais e da equidade, como alternativa oficial para a resolução das novas demandas ainda não inseridas no catálogo das hipóteses codificadas, evitando, com isto, negação de justiça.

A tarefa de formar normas no âmbito de um caso concreto atribuída ao intérprete/aplicador, mesmo que em consonância com princípios valorativos não codificados, é controlada, unicamente, pelos tribunais e aperfeiçoa-se de modo a mascarar a autonomia dos princípios jurídicos não positivados utilizados como fundamentos das decisões, inserindo-os num esquema normativo que os evidencia como

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

meros pontos de partida para a formação concreta de normas, e não como fonte de direito.

Nesse processo, a regra não é extraída do conteúdo do princípio, mas da síntese judicial casuística produzida de acordo com valores que, embora distintos daqueles que informam a atividade do legislador, não se situam fora do ordenamento nem possuem a pretensão de circularem com suprajuridicidade.

A positivação do acesso ao direito e à justiça ocorre pela incorporação do seu conteúdo em uma fórmula dogmática, capaz de viabilizar a sua aplicação técnica por intermédio de uma instituição, em consonância com os critérios delineados pela estrutura formal da justiça e das fontes do direito, e conforme os valores que condicionaram a sua construção e informam a lógica dos fatos que determinam a sua incidência.

Os pronunciamentos jurisdicionais despontam como veículos fundamentais do enquadramento dogmático dos valores e concepções que norteiam os Códigos, e de contenção da tendência de ‘absolutização’ das normas. É a jurisprudência que determina o ‘espírito’, as noções diretrizes, os critérios específicos de valor e os elementos históricos que informam a efetividade do direito de acesso à justiça.

Atualmente, não se exige do intérprete/aplicador que opera nos sistemas do direito legislado, instituídos em modelos democráticos, subserviência absoluta à lei e fidelidade incondicional ao seu texto, lhe é permitido conferir às normas, positivadas ou não, interpretações que satisfaçam a necessidade de proteger novos interesses ou resguardar de forma distinta antigas pretensões, fixando bases para desenvolvimentos futuros.

As construções jurisprudenciais fundadas em conceitos básicos ou valores implícitos na prática jurídica, quando divorciadas ou não adequadas aos textos normativos, são vivenciadas como meras diretivas sem força criadora e ingressam no mundo jurídico, em tese, desprovidas de caráter normativo¹⁷⁸.

2.4. Acesso à justiça e o jurista da common law.

¹⁷⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral dos conceitos legais indeterminados. In: *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros – Cidadania e Justiça*. Rio de Janeiro: Publicação da Diretoria de Comunicação Social da AMB, ano 4, nº 8, pp. 121-133, 1º Semestre/2000.

15. Outra é a realidade visualizada nos sistemas de direito casuístico. Nos países que adotam o modelo da *common law*, as normas jurídicas emergem da jurisprudência e incorporam as regras reveladas pela *ratio decidendi* dos julgamentos proferidos pelas Cortes de Justiça¹⁷⁹. As normas legisladas somente se tornam efetivas quando, interpretadas e aplicadas pelos tribunais, se consolidam como jurisprudência.

A abertura das instituições jurídicas possibilita a apreciação de todas as questões postas a julgamento a partir da identificação, dentre as *legal rules*, daquela que melhor se adapta ao caso concreto, impedindo que as normas codificadas sejam a base dos direitos locais¹⁸⁰. A atenção dos juristas é focada nos ‘precedentes’ dos Tribunais Superiores instituídos como órgãos que não se sujeitam à interferência de outros poderes, e incumbidos, tradicionalmente, da elaboração da *common law* e da *equity*.

A força obrigatória dos precedentes judiciais (*stare decisis*) integrados pela *equity* (conjunto de normas que complementam ou ratificam a *common law*), é indispensável à coesão e à subsistência da ordem jurídica desses sistemas. Os costumes somente são recepcionados quando, caracterizados como imemoriais, são transformados em regras jurisprudenciais, e a legislação, ainda que encampe normas de direito fundamental, alcança efetividade apenas no momento em que é chancelada e revelada pelas decisões judiciais.

16. Nos Estados Unidos, as tradições culturais e linguísticas e as históricas relações mantidas com a Inglaterra foram determinantes para a adoção do sistema de direito jurisprudencial. Do longo embate entre os adeptos dos dois sistemas, surgiu um protótipo original dotado de características próprias, marcadas, sobretudo, pela aproximação com a

¹⁷⁹ Para aprofundamento sobre a evolução histórica dos sistemas do direito jurisprudencial, conferir: DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998; SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000; CORWIN, Edward S. *A Constituição Norte-americana e seu Significado Atual*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, s/d; e, MENDONÇA, J. J. Florentino D. S. *Obsolescência das Estruturas Nacionais de Poder*. Curitiba: Juruá, 2010.

¹⁸⁰ Atualmente, o direito legislado nesses sistemas não mais tem sido relegado ao papel secundário de sanear e completar a construção jurisprudencial. Em muitas ocasiões, as leis e os regulamentos assumem importância crucial na atividade jurisprudencial, apesar de manejados de maneira diversa do método romano-germânico. Conferir: VASCONCELOS, Pedro Bacelar de. Justiça e Cidadania: para uma justiça mais democrática. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, nº 54, pp. 55-57, Junho de 1999; e, AFONSO, Orlando Viegas Martins. *Poder Judicial: Independência In Dependência*. Coimbra: Almedina, 2004.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

vertente românica e o desapego ao formalismo exacerbado, e pela abertura do ordenamento às consolidações de regras¹⁸¹.

Apesar dessas peculiaridades, os caracteres essenciais do paradigma herdado do modelo inglês permaneceram intocados. O Direito continuou a ser enclausurado na fórmula jurisprudencial independentemente da quantidade de normas legisladas, as quais continuaram a debutar no sistema jurídico somente quando efetivamente submetidas ao crivo dos Tribunais, no âmbito de um processo de interpretação/aplicação deflagrado por um caso concreto.

17. A adoção do modelo federativo divorciado da tradição inglesa trouxe para o plano da operacionalidade do sistema jurídico questões inovadoras relacionadas com a problemática da partilha de competência entre a União Federal e os Estados-membros, solvidas pela atribuição de competência geral às autoridades federais assegurando-se aos Estados, além da capacidade para legislar sobre matérias não referidas como exceções, a prerrogativa de exercerem por intermédio dos seus tribunais o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos.

Ainda de acordo com esse paradigma, à exceção das matérias constitucionais e das normas de competência exclusiva do Congresso Nacional, o Direito aplicado no território de cada Estado-Membro será sempre o que for expressamente por ele recepcionado, incumbindo às instâncias federais proteger os direitos e liberdades do cidadão, qualquer que seja a autoridade apontada como violadora, e aplicar o Direito dos Estados-Membros quando vislumbrada a inexistência de norma federal apta para incidir no conflito.

A organização judiciária dos Estados Unidos comporta dupla hierarquia na qual a jurisdição federal é mantida como exceção e só pode ser provocada quando a Constituição federal ou uma lei emanada do Congresso Nacional lhes atribua competência.

Em virtude da superposição das órbitas jurisprudenciais e da total desvinculação ou não submissão da Corte Suprema Federal e das Cortes Supremas dos Estados aos comandos constantes dos seus próprios precedentes, a regra do *stare decisis* é informada por particularidades que a diferenciaram do padrão inglês.

18. Nos sistemas da *common law*, os órgãos jurisdicionais ao desempenharem função criadora, tendem a instrumentalizar a revelação do acesso ao direito e à justiça

¹⁸¹ A experiência vivenciada durante o processo de independência incentivou a instituição de um direito norte-americano autônomo. Quando da elaboração das Declarações de Direitos, a Constituição dos Estados Unidos e a experiência do território de New Orleans, atual Louisiana, que adotara o paradigma de codificação francês de cunho romano-germânico, serviram de ‘pano de fundo’ para a defesa da adoção de um sistema de direito legislado.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

como razão lógica do sistema jurídico e máxima universal, prévia e superior ao direito legislado, válida e obrigatória em qualquer época¹⁸².

No processo de interpretação/aplicação do direito não se colocam problemas próprios do direito continental como a questão da fidelidade à lei, do julgamento *contra legem* e da identificação de princípios não positivados. Os tipos legais e os mecanismos de proteção jurídica, por não estarem institucionalizados nem sistematizados de forma orgânica, orientam-se de acordo com as possibilidades de demanda tradicionalmente recepcionadas.

Os princípios são práticos, direcionados para a proteção jurídica, deduzidos de cada caso e materializados em máximas e doutrinas. A interpretação tem a clara função de ampliar o sistema existente pela via argumentativa sem, contudo, abandonar a ideia de que as regras reveladas nos precedentes já integram o direito material.

O conceito de princípio possui um caráter heurístico informado por um fim investigativo e não dogmático, focado na identificação dos precedentes que se adequam à situação conflituosa posta a partir da descoberta de uma ‘doutrina’ apta a ser aplicada ‘*in concreto*’ e de um progressivo trabalho de criação de conceitos superiores que paulatinamente vão incorporando autoridade jurídica.

Os princípios desempenham a função de pontos de partida para a assimilação do pensamento problemático posto em evidência em cada caso, e de guias na investigação teleológica de certos problemas e das decisões que lhes digam respeito. O valor dos precedentes é o que lhes confere o ‘princípio’ que se afirma dele inferir no processo de dedução no qual é a razão do julgador que decide a *ratio juris* aplicável.

A *common law* também reverencia a versão material clássica dos princípios jurídicos, os *principles of justice* e os *principles of law* como valores importantes na proteção jurídica utilizando-os para informar a atuação das instituições, superar os obstáculos que impedem o desenvolvimento das demandas e edificar um sistema de

¹⁸² Embora não reconheça esse caráter universalizante, o jurista romano-germânico tende a visualizar o acesso ao direito e à justiça como espécie normativa incorporada ao sistema legal. Sobre o modelo de direito jurisprudencial adotado nos Estados Unidos, ver: ROSA, Alexandre Morais da. Aspectos destacados do Poder Judiciário norte-americano. In: *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros – Cidadania e Justiça*. Rio de Janeiro: Publicação da Diretoria de Comunicação Social da AMB, ano 4, nº 8, pp. 113-120, 1º Semestre/2000; e, SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

conceitos que assegure a efetividade daqueles princípios cujos efeitos não são por completo abrangidos pelos precedentes.

19. No atual estágio da *common law*, a concepção de que todo o conteúdo de direito material encontra-se enclausurado nos precedentes tem sido abrandada pela construção que concebe os princípios como elementos basilares para a estabilização de um pensamento institucional inovador, capaz de respaldar a manutenção da autoridade jurídica dos pronunciamentos jurisprudenciais como limite à eficácia das regras, de maneira a permitir que a atribuição às mesmas do caráter de norma jurídica vinculante continue a depender, exclusivamente, da extensão delineada na concreta *ratio decidendi*, e não dos princípios ou doutrinas que a norteiam.

Carentes da autoridade formal que lhes é atribuída nos sistemas de direito codificado, os princípios, no modelo do direito judicial, desempenham papel essencial no processo de interpretação das normas e das *rule*, e de identificação das circunstâncias juridicamente relevantes para a resolução dos casos examinados.

Nesses sistemas, oficialmente, a norma judicial atrela-se à *res judicata* e aos princípios que servem de ponto partida para o julgador delinear o alcance do precedente aplicável. É a sentença que determina a existência das regras cujos teores são esculpidos e evidenciados pelo intérprete/aplicador ao desempenhar a função de revelar o direito ao decidir um caso concreto. O conhecimento dos princípios que informam a produção de decisões uniformes integra o pensamento sistemático e institucional que, ao lado do princípio do *stare decisis*, serve de alicerce para a garantia da segurança e certeza jurídicas.

A *ratio decidendi* que fixa o alcance dos precedentes e é justificada pela verificação concreta de um direito passível de proteção, é visualizada como ‘princípio do caso’ (*principle of the case*), não com princípio de direito (*principle of law*) em sentido estrito, porque, só a norma concreta que determina o conteúdo da sentença é considerada direito e, assim qualificada, torna-se obrigatória para os casos semelhantes que venham a ser postos ao crivo do órgão jurisdicional¹⁸³.

¹⁸³ É nesse sentido que Josef ESSER leciona: “el principio posee en el Derecho del caso la significación de un pensamiento directivo material, que determina la regla. Es punto de partida y justificación de la *ratio decidendi* y de la regla integrada con ella. En ella, y como elemento de ella, es derecho positivo y vinculante, pero no lo es en tanto que principio independiente” (In: *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*. Traducción del alemán por Eduardo Valenti Fiol. Barcelona: Boch, Casa Editorial, 1961, p. 249).

Essa aceção não obsta o reconhecimento da existência, no sistema do direito judicial, do direito de acesso à justiça como princípio jurídico. Apenas sugere o seu reenquadramento para uma perspectiva igualmente casuística na qual o alcance do conteúdo que lhe é conferido se submete à tônica do *stare decisis* que atribui à *lex artis judicial* o poder de atribuir-lhe a moldagem que melhor se adequar a cada situação concreta.

Mesmo quando não figura como objeto da resolução judicial, o direito de acesso à justiça, chancelado como princípio informativo geral, estará subjacente na contenda, determinando, juntamente com outros corolários, o tratamento instrumentalizado para a eleição dos precedentes aplicáveis.

Como ocorre nos sistemas codificados, no modelo casuístico, o que orienta e determina a escolha das regras que incidirão na hipótese litigiosa são os princípios subjacentes que servem de justificação para a argumentação jurídica e de razão primeira da ponderação valorativa de carácter positivo que legitima a regra aplicada.

As alegações manuseadas para justificar as decisões dos problemas jurídicos, naturalmente incorporam os embates doutrinários fundados nos argumentos de princípios vivenciados pelo julgador, e nos conceitos jurídicos que os caracterizam como princípios jurídicos vinculantes, os quais, exatamente como se visualiza no direito continental, só constituem direito dentro da moldura que a atividade jurisdicional lhe atribua.

2.5. O acesso ao direito e à justiça como espécie normativa.

20. O debate sobre a qualificação normativa do enunciado do acesso à justiça como princípio ou como regra não pode ser tecido à margem das considerações tecidas por Dworkin e Alexy¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Alexy elegeu o critério qualitativo ou conceitual para distinguir entre regras e princípios. Para ele, regras são normas que vinculam plenamente, cuja validade do conteúdo torna obrigatório o seu cumprimento na justa medida da ordem nele contida, materializam determinações fáticas e juridicamente possíveis, aplicadas por subsunção. Os princípios são normas que incorporam mandados de otimização passíveis de serem cumpridos em graus diferenciados e na medida das possibilidades jurídicas e fáticas de cada caso concreto, aplicados por ponderação, segundo uma ordem não hierarquizada, que os habilita a servirem de fundamento para decisões jurídicas. A sua aplicação, contudo, se concretiza no âmbito em que a atividade interpretativa tem por base a ponderação de valores e a fixação de prioridades capazes de qualificar o enunciado normativo como apto para prevalecer numa situação concreta de colidência e produzir efeitos análogos nos novos casos. Para exame mais aprofundado conferir: ALEXY, Robert. (i)

O exame da questão com base na visão de Alexy viabiliza a qualificação do enunciado como espécie de norma jurídica que fixa deveres de otimização passíveis de serem aplicados em várias gradações conforme as possibilidades normativas e fáticas, num cenário em que a colidência do seu conteúdo com o teor de outros princípios é solvida mediante a ponderação dos conteúdos conflitantes e a atribuição de maior valor a um deles, de acordo com as variáveis específicas de cada situação conflituosa.

Visualizado como princípio, aperfeiçoa-se passível de superação ou derrogação por outros princípios de acordo com as possibilidades normativas decorrentes da contraposição de outros princípios e regras, e das circunstâncias que os caracterizam como normas de conduta.

Tratado como regra, incorpora obrigações absolutas que excluem aquelas insertas nas normas contrapostas. Em virtude do caráter vinculativo do seu conteúdo, cujo mandamento pode ou não ser efetivado, e da possibilidade de ser excepcionado ou invalidado numa situação de conflito normativo, pode revelar-se como hipótese ou consequência que predetermina o ato decisório, é aplicável ao modo ‘se, então’, e serve como parâmetro para o intérprete/aplicador identificar a regra aplicável a cada situação concreta.

22. Na perspectiva de Dworkin, que elegeu o modo de aplicação e o relacionamento normativo como critérios de diferenciação das espécies normativas, o enunciado do acesso ao direito e à justiça, quando posicionado como regra, é aplicado de forma absoluta e o seu conteúdo é imposto de forma imperativa, no sentido de ‘tudo ou nada’¹⁸⁵.

La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica. In: VALDÉS, E. Garzón (Org.). *Derecho y Justicia*. Barcelona: Alfa, pp. 43-57, 1985; (ii) *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; (iii) *Derecho y Razón Práctica*. México: Fontamara, 1998. (iv) *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; (v) *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989; (vi) Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, ano 22, nº 66, pp. 13-64, Set./Dez. 2002; (vii) Los Derechos Fundamentales en el estado constitucional democrático. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Trad. Alfonso García Gigueiroa. Madrid: Trotta, p. 31-47, 2003; DWORKIN, Ronald. (i) *Los Derechos en Serio*. Trad. M. Gustavino, Barcelona: Ariel, 1985; e, (ii) *El Imperio de la Justicia*. Trad. C. Ferrari, Barcelona: Gedisa, 1988.

¹⁸⁵ Anabela Costa LEÃO aponta a reformulação do velho positivismo a partir do conceito de regra formulado por Hart e do modelo de regras e princípios delineado por Dworkin. Trata da relação entre casos difíceis e poder discricionário, posicionando o julgador entre o ‘sonho nobre’ e o ‘pesadelo’. Em torno dos conceitos de regra e de princípio. A polémica entre Hart e Dworkin. In: AMARAL, Diogo

Visualizado como princípio, incide de maneira relativa ou gradual, no sentido do ‘mais ou menos’, apenas para fundamentar a decisão a partir do concurso de influxos normativos derivados de outros princípios. A colisão das formas de revelação é resolvida pela atribuição de pesos diferenciados a cada concepção, prevalecendo aquela que maior peso tiver na solução do caso concreto, sem, no entanto, provocar a invalidação daqueles de menor calibre.

A mera existência de uma situação específica de incidência não constitui fator suficiente para a qualificação do enunciado como princípio ou regra. É possível que o intérprete/aplicador o considere como princípio mesmo quando positivado em dispositivo formulado de modo hipotético pelo legislador¹⁸⁶.

Não é o texto submetido à interpretação que determina a forma de sua aplicação, mas as ‘conexões axiológicas’ edificadas pelo intérprete, as quais podem, inclusive, modificar o caráter da norma e impedir a sua incidência em virtude de circunstâncias outras devidamente justificadas pelo intérprete/aplicador.

23. Independente da categoria normativa na qual seja enquadrado, o direito de acesso à justiça, ainda que acoplado a uma forma incondicional de aplicação, pode demandar a imersão em questões não referidas pelo legislador, nem enquadráveis na moldura que lhe foi abstratamente conferida, seja em decorrência de circunstâncias concretas ou individuais pontualmente identificadas, ou em razão da inconsistência ou desatualização linguística de alguns termos ou expressões que integram o seu conteúdo, cujo significado não tenha sido previamente delineado.

Concebido como enunciado prescritivo pode ser revelado no âmbito de um processo hermenêutico que leve em consideração os desdobramentos resultantes da sua incidência em cada situação concreta e não sofra interferência institucional, e materializar-se como fundamento para promoção de um estado de coisas que funcione como razão substancial para a efetivação de metas previamente traçadas.

Freitas do; ALMEIDA, Carlos Ferreira de; e ALMEIDA, Marta Tavares de (Coords.). *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*. Coimbra: Almedina, pp. 43–72, 2008).

¹⁸⁶ Humberto ÁVILA destaca que: “como o intérprete tem a função de medir e especificar a intensidade da relação entre o dispositivo interpretado e os fins e valores que lhe são, potencial e axiologicamente sobrejacentes, ele pode fazer a interpretação jurídica de um dispositivo hipoteticamente formulado como regra ou como princípio” (In: *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 42).

24. No contexto de conflito normativo, o direito de acesso à justiça será considerado regra sempre que a colidência do seu conteúdo com o de outra norma for solucionada pela invalidação de um deles, ou a partir da criação de uma exceção, e incorporará o caráter de princípio quando, concebido como dever de otimização incidente em graus variados e conforme as possibilidades normativas fáticas (Alexy), numa situação de conflito com outras normas, a solução decorrer de ‘ponderação’ que confira, por intermédio de um processo dialético de complementação e limitação (Canaris), ‘dimensões de peso’ diferenciadas para cada, sobrepondo-se aquele que, em virtude das circunstâncias concretas, demonstrar-se com maior peso relativo, sem, entretanto, invalidar o de menor gradação (Dworkin) ¹⁸⁷.

O posicionamento do direito de acesso à justiça como regra reduz as possibilidades interpretativas do seu teor devido à limitação dos significados e fins que lhe são atribuídos, e da natureza descritivo-prescritiva que o seu enunciado assume. Quando categorizado como princípio, o espaço para dilações hermenêuticas é bem mais alargado em razão do conteúdo preponderantemente descritivo que incorpora, e da ampliação das oportunidades comportamentais que o seu teor genérico possibilita.

25. No processo de qualificação normativa do direito de acesso à justiça, o recurso à ponderação como técnica hermenêutica permite ao intérprete/aplicador desenvolver juízo valorativo diante do caso concreto, de modo a privilegiar razões e fins específicos aos quais seja possível atribuir uma dimensão de peso conforme os valores e objetivos que informam a prestação jurisdicional.

Quando o objetivo almejado é a qualificação do enunciado como princípio, somente é viável falar em efetivação plena do acesso ao direito e à justiça na ‘medida necessária’ à concretização dos fins instituídos pelas normas afetadas pela sua

¹⁸⁷ Essa técnica valoriza a ponderação como via de manejo dos princípios, no qual o balanceamento dos argumentos e contra-argumentos é manipulado no exame dos enunciados hipoteticamente formulados, com a finalidade de identificar a norma inválida, de contornar as incompatibilidades normativas pela via da exceção (o mesmo critério de ponderação de razões pode ser previsto no ordenamento como fórmula para decisão sobre a aplicação da hipótese normativa ou da sua exceção, ou mesmo para a constituição destas), e de atribuir unicamente aos princípios dimensões de peso, ainda que, em algumas circunstâncias, o conflito de regras possa ser resolvido pela atribuição de preponderância a uma delas sem ensejar invalidação ou abertura de exceções. Contudo, não se pode olvidar que as incompatibilidades normativas verificadas no processo de qualificação do enunciado do acesso à justiça como regra ou princípio não são solvidas pelo mero exercício da ponderação racional, dependem, também, da intensidade da contribuição institucional do aplicador na determinação concreta da interação normativa, e do modo do exercício da ponderação. (Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 56).

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

efetivação, contexto no qual, o processo de interpretação/aplicação do seu conteúdo requer apreciações valorativas de caráter subjetivo, que possibilitem ponderações que confirmem destaque aos valores consolidados no seu enunciado, e privilegiem os mecanismos de fundamentação e controle racional da sua aplicação.

26. A sua qualificação normativa resulta, portanto, de construção hermenêutica desenvolvida a partir de conexões axiológicas não integradas aos conteúdos normativos, mas sublimados pelo intérprete/aplicador¹⁸⁸.

Dependendo da perspectiva adotada, pode assumir a configuração de norma descritiva dotada de caráter retrospectivo e prescrever situação de fato conhecida pelo legislador, fixando condutas positivas ou negativas (regra); ostentar um sentido finalístico concretizado em normas que dispõem sobre certo estado de coisas cuja materialização e preservação dependam da consumação de determinadas atitudes; ou incorporar um significado metódico revelando-se como norma que estabelece as condições de aplicação das regras e dos demais princípios.

No seu formato prescritivo (regra), além de estabelecer condutas de modo direto e imediato, enquadrando-se em figuras normativas que fixam o que 'deve ser feito', pode consagrar, mediata ou indiretamente, os objetivos a serem alcançados pela imposição do comportamento, bem como delinear os fundamentos para sua exigibilidade.

Na sua conformação finalística ou metódica (princípio ou postulado) serve de fundamento para o estabelecimento das regras de conduta, para preservação ou realização dos bens juridicamente tutelados, e a disciplina dos comportamentos que resultam dos efeitos práticos da incidência das normas.

27. Quando o contexto de incidência demanda normas que ostentem caráter descritivo a fim de proporcionar maior intensidade na regulação das condutas, exigir justificação fundada na correspondência dos fatos com o seu teor prescritivo e os fins que o informam, e permitam, em casos excepcionais, a adaptação do seu conteúdo normativo à realidade, ou a sua desconsideração quando circunstâncias supervenientes autorizem a superação do seu comando, o direito de acesso à justiça incide como regra.

Nesse formato, materializa-se por intermédio de enunciados que incorporam comandos normativos que descrevem comportamentos vinculantes, prescrevem

¹⁸⁸ REALE, Miguel. *O direito como experiência. Introdução à epistemologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1968.

condutas, constituem poderes e competências ou atribuem efeitos jurídicos a atos e fatos específicos, dotados de pretensão de decidibilidade e reduzido grau de abstração e generalidade¹⁸⁹.

Demanda de quem o interpreta e aplica a análise da correspondência e compatibilidade entre o comportamento estatuído e o teor do objeto normativo, de modo a evidenciar a sua conformidade com a previsão inserida no texto da regra ou do precedente.

28. Tratado como princípio, revela-se por meio de enunciado normativo que descreve uma situação ideal almejada e ostenta pretensão de complementariedade, cuja incidência é justificada a partir do exame da correlação positiva entre o produto do comportamento exigido/praticado e o estado de coisas a ser realizado.

A especificação do seu conteúdo normativo demanda o reconhecimento da sua fundamentalidade, a superação da vagueza dos seus objetivos por intermédio do detalhamento dos comportamentos necessários para sua concretização, inclusive, mediante o recurso a casos paradigmáticos de teor valorativo generalizante, e a descoberta de aspectos comuns que possam ser usados como critérios de fixação dos bens jurídicos passíveis de serem tutelados no estado ideal de coisas almejado.

O seu teor normativo, mesmo quando gravado por um caráter prospectivo, pode incorporar carga prescritiva ao estabelecer parâmetros de condutas, além de servir de paradigma normativo nos processos decisórios, ainda que desprovido da pretensão de determinar soluções específicas para casos concretos¹⁹⁰.

Com essa moldura, concretiza-se com alto grau de abstração e generalidade possibilitando a incidência do seu enunciado em classes indeterminadas de situações, mediante processos onde é permitido ao intérprete/aplicador maior subjetividade e mobilidade valorativa ao analisar a correlação entre o estado de coisas idealizado com a finalidade e os efeitos das condutas apontadas como indispensáveis à sua promoção¹⁹¹.

¹⁸⁹ Enquanto regra, fixa na sua hipótese de incidência, em definitivo, o que é obrigatório, proibido ou permitido e é aplicado de acordo com o método da subsunção, no qual o intérprete/aplicador confronta a situação fática com a hipótese normativa para fazer incidir a consequência prevista.

¹⁹⁰ Como princípio, pressupõe a instituição do dever de efetivar mediante comportamentos específicos e determináveis (plano deontológico), um estado ideal de coisas, e o enquadramento dessas condutas aos fins nele consolidado, observada a qualificação positiva do que se quer promover (plano axiológico).

¹⁹¹ Figura como norma que pode ser efetivada em graus diferenciados e estabelece deveres provisórios, é aplicada mediante ponderação no âmbito de um processo no qual o intérprete/aplicador atribui uma dimensão de peso ao seu conteúdo de acordo com a situação concretamente considerada.

2.6. Consagração do acesso ao direito e à justiça como direito humano.

29. Entronizado como direito humano¹⁹², o direito de acesso à justiça é desvendado como categoria normativa dotada de múltiplos aspectos, que se materializa como prerrogativa de todos os indivíduos, ou de determinadas categorias de pessoas cuja tutela pode ser demandada em qualquer tempo ou lugar¹⁹³.

Enquanto instrumento de concretização dos demais direitos dos homens, é inspirado por valores considerados universais e perenes, constantemente harmonizados com as ordens jurídico-constitucionais nacionais, nas quais ingressa como norma de direito fundamental e é confrontado com problemas que dizem respeito ao seu enquadramento como princípio e fonte de direito, e norma de incidência e eficácia automática.

30. Nos instrumentos supranacionais não há uniformidade quanto ao conteúdo dos enunciados normativos que positivam o direito de acesso à justiça. Em virtude da diversidade terminológica, nem sempre é possível determinar se a referência é feita ao direito de fazer uma reclamação perante um tribunal competente, ou ao direito de ter uma medida ou um remédio jurídico capaz de impedir a consumação de uma ofensa ou de impor ao violador o dever de reparar os prejuízos impingidos ao ofendido.

No contexto dos direitos humanos, o acesso à justiça aperfeiçoa-se como direito individual e garantia processual que consubstancia, na clássica distinção entre direitos civis e liberdades, mecanismo de viabilização da efetividade dos direitos sociais, culturais e econômicos, cuja justiciabilidade não pode ser afastada, habilitado a impor aos Estados e Organismos Internacionais obrigações positivas direcionadas à implementação progressiva de tais direitos.

A sua concretização no âmbito interno é condicionada pela eficácia dos instrumentos idealizados para efetivá-lo enquanto fonte de obrigações internacionais a nível local, e pela forma como os sistemas jurídicos viabilizam o acesso dos seus

¹⁹² Até o advento da Carta Nações Unidas era comum a utilização, pela doutrina e nos documentos constitucionais, dos termos direitos do homem, direitos do cidadão, direitos inalienáveis, terminologia que serviu para consolidar a ideia de que certos direitos integram o patrimônio jurídico de todos os indivíduos como seres humanos, antes mesmo de serem investidos como titulares de direitos civis pelos Estados.

¹⁹³ Sobre o assunto, conferir: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

destinatários aos mecanismos disponibilizados para a tutela dos seus direitos em consonância com o padrão internacional de justiça.

A DUDH, no seu Artigo 8º, reconhece o direito individual a um remédio eficaz só em relação a ações que violam os direitos fundamentais. A CEDH evitou essa restrição, com o objetivo de possibilitar interpretação mais abrangente, respalda o direito de acesso a um 'remédio eficaz' como prerrogativa que viabiliza a tutela de todos os direitos passíveis de proteção, nos termos do Artigo 6.1.

A Carta de Direitos da União Européia – CDUE, no Artigo 47, também incorporou disposição que comporta interpretação mais alargada ao estatuir o direito a um remédio eficaz e a um tribunal imparcial nas situações onde os direitos e as liberdades garantidas sejam violados pelas instituições da União Europeia.

A CADH, no seu Artigo 8º, igualmente confere uma base legal mais ampla ao direito de acesso à justiça ao assegurar a todos a prerrogativa de serem ouvidos por um tribunal competente, independente e imparcial, não só para a determinação de questões criminais, mas, também, de 'direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal, ou de qualquer outra natureza'. Além disso, o Artigo 25 estende a proteção judicial aos direitos fundamentais reconhecidos tanto pela Convenção como pelos precedentes e normas constitucionais e infraconstitucionais dos Estados - Membros.

Na Carta Africana sobre Direitos Humanos não há disciplina específica do direito de acesso à justiça, o Artigo 3º faz menção à proteção equitativa como princípio geral, e o artigo 7º prevê 'o direito de cada indivíduo de ter a sua causa ouvida', mas relativamente à alegação de afronta aos seus direitos fundamentais.

Na forma como disciplinado por esses instrumentos internacionais, conquanto apareça como objeto digno de proteção legal, o acesso ao direito e à justiça é tratado como garantia processual que, para ser plenamente efetivado, depende da previsão e concretização de outros direitos substantivos e adjetivos protegidos pela ordem jurídica nacional e pelas normas de direito internacional ou comunitário.

A distinção entre o direito que serve de lastro à postulação, do qual deriva necessariamente o interesse legal substantivo invocado pelo postulante, e o direito de acesso à justiça, muitas vezes não é evidente, especialmente, quando se confunde a

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

capacidade de ter o acesso aos tribunais e o direito à proteção judicial efetivamente pretendida¹⁹⁴.

2.7. Acesso à justiça como direito social de acesso a uma ordem jurídica justa.

31. Comumente recepcionado nas ordens constitucionais ocidentais como prerrogativa social, o direito de acesso à justiça tem sua implementação atada ao esforço oficial para executar prestações positivas com o objetivo de responder, de forma satisfatória e em tempo razoável, às postulações formuladas perante os órgãos responsáveis pela prestação da tutela jurisdicional¹⁹⁵.

Positivado como direito fundamental, incorpora tanto a obrigação estatal de viabilizar a admissão das pessoas aos órgãos responsáveis pela tutela dos seus direitos, como a garantia do acesso a todos os instrumentos juridicamente aptos para produzirem uma prestação jurisdicional individual e socialmente justa, em tempo razoável e em observância ao devido processo legal¹⁹⁶.

Como norma fundamental vinculada ao compromisso estatal de realização de uma ordem jurídica justa, o direito de acesso à justiça tem eficácia imediata e impõe a adoção de medidas administrativas e legislativas que facilitem a prestação da tutela jurídica dos direitos civis, relacionadas com: (i) a melhoria da distribuição dos órgãos e competências jurisdicionais, (ii) a aplicação dos avanços tecnológicos às rotinas internas e processuais, (iii) o incremento do aparato humano que integra os órgãos judiciais, (iv) o desenvolvimento e ampliação das estruturas responsáveis pela assistência jurídica

¹⁹⁴ Cf.: CANARIS, Claus W. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, pp. 77-78 e 96; LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987, p. 674; DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996; GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1998; COELHO, Luiz Fernando. *Uma teoria crítica do direito*. Porto Alegre: Fabris, 1991; e, OLIVECRONA, Karl. *Lenguaje jurídico y realidad*. Buenos Aires: Centro Editor de AL, 1979.

¹⁹⁵ José Mário Wanderley GOMES NETO e Júlia Pinto Ferreira PORTO professam idêntico entendimento ao ponderarem que o direito de acesso à justiça tornou-se evidente com a edificação dos denominados direitos sociais, posicionados na chamada segunda geração dos direitos, e materializados como deveres de prestação material imputados ao Estado enquanto promotor do bem-estar social. (Análise Sociojurídica do Acesso à Justiça: As implicações no pluralismo jurídico do acesso à ordem jurídica justa. In: GOMES NETO, José Mário Wanderley (Coord.). *Dimensões do Acesso à Justiça*. Salvador: Juspodivm, Coleção Temas de Processo Civil, pp. 133-182, 2008).

¹⁹⁶ A maneira como os Estados se desincumbem do dever de prestar a tutela jurisdicional dos direitos depende da extensão dos poderes e funções constitucionalmente conferidos aos órgãos públicos, e das obrigações por eles assumidas no plano comunitário ou internacional.

gratuita, (v) a reformulação dos ritos processuais e dos sistemas recursais, (vi) a instituição de meios eficientes para cumprimento das decisões judiciais e, (vii) o estímulo aos mecanismos extrajudiciais e conciliatórios de composição dos litígios idealizados com o objetivo de aperfeiçoar o acesso ao direito e a democratização do judiciário¹⁹⁷.

32. Concebido como prerrogativa de ingressar em juízo, tem a sua efetivação vinculada ao conhecimento dos institutos clássicos do direito processual, especialmente, das formas de manejo do direito de ação e dos obstáculos técnicos ao exercício do

¹⁹⁷ Nessa diretiva, Mauro Vasni PAROSKI sustenta que o acesso à justiça pode ser recepcionado ou positivado de acordo com concepções distintas, e seu significado depende da forma como for revelado no ordenamento jurídico-constitucional. Nos dias atuais envolve “não só a ideia de acesso aos meios estatais de solução de conflitos, mas também a própria tutela dos direitos subjetivos, isto é, numa concepção mais elástica, pode ser perfeitamente visto de outro modo, prestigiando outras formas de pacificação social e de solução de conflitos que melhor atendam aos interessados”. (In: *Direitos Fundamentais e Acesso à Justiça na Constituição*. São Paulo: LTr, 2008, p. 138). Para análise detida da acepção ampla do direito de acesso à justiça, conferir: JOHNSON JUNIOR, Earl. The Justice System of the Future: Four Scenarios for the Twenty-First Century. In: *Acess to Justice and the Welfare State*. Firenze: Le Monnier, pp. 183-211, 1981; AMB - Associação dos Magistrados Brasileiros (Org.) *Justiça: promessa e realidade – acesso à justiça em países ibero-americanos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996; ARMELIN, Donaldo. Acesso à justiça. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo: Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, v. 31, 1982; CARRION, Valentim. O acesso à justiça. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*. Uberlândia: Universidade Federal de Uberlândia, nº 1, v. 14, pp. 423-15, jan./dez. 1985; CAPPELLETTI, Mauro. (i) O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 61, ano 16, p. 144-160, Jan./Mar., 1991; (ii). Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil. Tradução Raúl Brañes. In: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, ano XI, n. 31-32, p. 1-40, Ene./Ago., 1978; (iii) Acesso alla giustizia como programa di reforma e come método di pensiero. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Bologna: CEDAM, 1992; (iv) *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee: studi di diritto giudiziario comparato*. Bologna: Il Mulino, 1994; (v) CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Access to Justice and the Welfare State: An Introduction. In: *Acess to Justice and the Welfare State*. Firenze: Le Monnier, pp. 1- 26, 1981; FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. (i) O acesso ao poder judiciário. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora RT, v. 686, ano 81, p. 19-34, Dez., 1992; (ii) Acesso à justiça e tutelas de urgência: o pleno acesso à ordem jurídica justa e a efetividade do processo. In: *Revista Jurisprudência Catarinense*. Florianópolis: Tribunal de Justiça de Santa Catarina, nº 73, 1993; GOMES NETO, José Mário Wanderley. *O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como movimento de transformação das estruturas do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 2005; JUNQUEIRA, Eliane Botelho: Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. In: *Estudos históricos – justiça e cidadania*. São Paulo: Ed. Fundação Getúlio Vargas, p. 390-394, 1996; LAGRASTA NETTO, Gaetano. Acesso à justiça e ampliação da lei do Juizado Especial de Pequenas Causas. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 612, ano 75, p. 250-251, Out., 1986; MACHADO, Agapito. Do acesso à justiça. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 677, ano 81, p. 270-274, Mar., 1992; MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à justiça e o Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1998; SADEK, Maria Tereza (Org.). *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001; SANTOS, Boaventura de Souza. Acesso à justiça. In: AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros (Org.). *Justiça: promessa e realidade*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 405-420, 1996; e, WATABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: *Participação e Processo*. São Paulo: RT, p. 128-133, 1988.

direito invocado, e condicionada pela efetividade do processo enquanto mecanismo formal de composição dos conflitos dotado de um fim em si mesmo¹⁹⁸.

Quando concretizado numa realidade onde o processo é revelado como meio de efetivação dos direitos individuais, ou seja, como instrumento ético de jurisdição voltado à realização da justiça e qualificado por escopos sociais, políticos e jurídicos bem delineados, o direito de acesso à justiça é informado por valores de idêntica natureza, comporta um sentido amplo que o evidencia como direito de acesso à ordem jurídica justa e abrange toda atuação jurídica, desde o processo legislativo de criação de normas até o processo hermenêutico de integração e aplicação do direito.

Nessa versão, as restrições ao acesso à justiça aludem não só aos aspectos técnicos e jurídicos do processo, mas a tudo que interfere ou influencia na realização efetiva da justiça, incluindo as deficiências econômicas, políticas e sociais que constituem obstáculos ao ingresso do cidadão em uma ordem jurídica justa.

33. A qualificação do direito de acesso à justiça como garantia de efetivação dos direitos individuais e coletivos nas convenções internacionais e comunitárias, e na maioria das Cartas Políticas ocidentais dos nossos dias é fruto da concepção que imputa aos Estados e aos Organismos Internacionais a responsabilidade pelo desenvolvimento de métodos e técnicas capazes de instrumentalizarem a crescente contenção da conflituosidade social, e de promoverem, com igualdade de oportunidades e possibilidades, o respeito à dignidade humana¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Sobre o sentido estrito do direito de acesso à justiça, ver: CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988; CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à justiça. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 310, p. 53-63, Abr./Jun., 1990; BRYCE, Rafael. Poder Judiciário, juízes e acesso à justiça no Uruguai. In: Associação dos Magistrados Brasileiros (Org.). *Justiça: promessa e realidade*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 51-97, 1996; CORTEZ, Antonio Celso Aguillar. Acesso à justiça. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 692, ano 82, p. 198-2001, jun., 1993; MALLETT, Estevão. Acesso à justiça no processo do trabalho. In: *Revista LTR*, ano 60, p. 1469-1473, Nov., 1996; ROSA, F. Augusto de Miranda. O acesso ao aparelho judicial: teoria e prática. In: *Revista Jurídica*. Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, n. 48, p. 19-21, 1983; NAILINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994; OLIVEIRA, Luciano et al. *Conflitos coletivos. Relação Estado e Cidadão: canais que possibilitam o acesso à justiça*. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 1994; OLIVEIRA, Luciano. *Conflitos Coletivos e Acesso à Justiça*. Recife: OAB/Massangana, 1988; e, ANDRÉ, Adélio Pereira. *Defesa dos Direitos e Acesso aos Tribunais*. Lisboa: Livros Horizonte, 1980.

¹⁹⁹ Para Mauro CAPPELLETTI “el movimiento para el acceso a la justicia debe considerarse como elemento de una filosofía política basada sobre la idea fundamental de igualdad, pero no de una igualdad formal, en el sentido de una abolición de las distinciones y privilegios jurídicos de nacimiento, o de clase, o de profesión, sino en el sentido de hacer efectiva tal igualdad, por lo menos en cuanto igualdad de oportunidades”. Perspectiva na qual o direito de acesso à justiça é revelado como resultado de uma revolução cujo “objetivo último es el hacer accesibles el derecho y la justicia al ciudadano, o sea, a los

Promover o acesso à ordem jurídica justa significa viabilizar o acesso a um ordenamento jurídico efetivo e adequado axiologicamente, e aos valores socialmente reconhecidos.

Diz-se efetivo e acessível o ordenamento jurídico que, além de revelar-se formalmente em vigor enquanto sistema de normas e precedentes, apresenta concreta correspondência com a realidade socioeconômica que lhe serve de plano de incidência e oferece respaldo seguro aos atos de provocação da atividade jurisdicional (acesso ao processo), e à disciplina dos procedimentos necessários para a obtenção dos provimentos jurisdicionais²⁰⁰.

O instrumento disponibilizado ao julgador e às partes deve ser suficiente e apto para permitir que a tutela jurisdicional seja prestada de forma efetiva, eficiente, econômica e célere. Mecanismos deficientes e inadequados inibem a realização dos direitos e obstruem o acesso à justiça por inviabilizarem o aproveitamento pleno de tudo que o processo é capaz de propiciar, transformando-o em fator de manutenção da litigiosidade.

A viabilização do acesso à justiça, nessa acepção, é orientada pela ideia de tutela jurisdicional justa concretizada por intermédio do devido processo legal, no seu conteúdo instrumental (*procedural due process*) e material (*substantive due process*), e enquanto garantia fundamental que assegura a eficácia do direito material e impõe limites à atuação jurisdicional e à atividade desenvolvida pelos demais poderes instituídos²⁰¹.

usuarios – a los ‘consumidores’ – del derecho y de la justicia’ (In: *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*. México: Porrúa, 1993, pp. 99 e 146).

²⁰⁰ Rafael BIELSA pondera que “el concepto de acceso a la justicia condensa un conjunto de instituciones, principios procesales, en cuya virtud el Estado debe ofrecer y realizar a tutela jurisdicional de los justiciables, en las mejores condiciones posibles de acceso económico e inteligibilidad cultural, de modo tal que dicha tutela no resulte retórica sino practica” (In: *Transformación del Derecho en Justicia. Ideas para una reforma pendiente*. Buenos Aires: La Ley, 1993, p. 44).

²⁰¹ Para José Rogério Cruz e TUCCE o princípio do *due process* encampa as garantias a) de acesso à justiça; b) do juiz natural ou preconstituído; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo; d) da plenitude de defesa com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões jurisdicionais; e, f) da prestação jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável (In: *Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. - Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Editora RT, 1993, p. 107). Por configurar princípio jurídico-político que incide e informa não só o direito processual, mas toda a ordem jurídica substancial, o devido processo legal refere-se, em derradeira análise, à tutela dos direitos e, por conseguinte, a tudo que diz respeito ao acesso a justiça como via de construção de um ordenamento jurídico justo. Concretiza-se tanto no conjunto de garantias que emolduram os mecanismos processuais conferindo-lhes caráter técnico e ético-político, como no complexo de postulados que legitimam a ordem

34. Enquanto mecanismo de acesso à ordem jurídica justa, o devido processo legal revela-se como princípio que instrumentaliza o direito de acesso à justiça na sua dimensão de admissão a uma ordem de valores e aos meios materiais e processuais para efetivação da justiça²⁰², informa o manejo dos mecanismos processuais, a emissão dos atos administrativos e a operatividade das vias de criação de normas e precedentes.

Quando relacionado aos mecanismos de composição estatal das relações controvertidas, serve para fundamentar o respeito ao contraditório, à ampla defesa, à paridade de armas, e à igualdade de oportunidades, e para garantir a prestação de tutela jurisdicional motivada, em prazo razoável, por juízo ou tribunal independente e imparcial, prévia e legalmente instituído, mediante procedimento no qual também seja assegurado o direito de acesso aos meios de impugnação das decisões proferidas²⁰³.

A viabilização do acesso a uma ordem de valores e objetivos consagrados no ordenamento, que reflita o sentimento de justiça respaldado²⁰⁴, exige o tratamento do sistema normativo e das instituições que o efetivam sob a ótica do destinatário das normas, e a garantia de acesso à informação e ao pleno conhecimento dos direitos substanciais.

Demanda, ainda, a promoção do direito ao desenvolvimento da atividade científico-doutrinária enquanto expressão do direito à atualização e adequação dos institutos jurídicos, textos normativos e precedentes à realidade socioeconômica de incidência; do direito a uma estrutura orgânica que se responsabilize pela prestação de

jurídica substancial, viabilizando o controle da constitucionalidade das normas mediante o exame crítico da adequação dos seus conteúdos ao catálogo de direitos fundamentais recepcionados pela ordem jurídico-constitucional.

²⁰² RODRIGUES, H. W. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p.31.

²⁰³ Conferir: FIX-ZAMUDIO, Héctor. El debido proceso legal. In: *Latinoamérica: constitución, proceso y derechos humanos*. México: Miguel Angel Porrúa, pp. 493-542, 1988; MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Garantia do Contraditório na Atividade de Instrução. In: *Temas de Direito Processual: Sexta Série*. São Paulo: Saraiva, 1984; PASSOS, José Joaquim Calmon. A crise do Poder Judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese nº 14, 2002; CAPPELLETTI, Mauro. Ideologias en el derecho procesal. In: *Proceso, Ideologias, Sociedad*. Buenos Aires: Ejea, 1974; MORELO, Augusto M. *El proceso justo*. Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 1994; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo e cidadania. In: *Ensaio Jurídico: o direito em revista*. Rio de Janeiro: IBAJ, 1996; e, MOTTA, Cristina Reindolf da. Due Process of Law. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *As Garantias do Cidadão no Processo Civil: Relações entre Constituição e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 261-278, 2003.

²⁰⁴ Mauro Vasni PAROSKI defende que “o acesso á justiça não perde sua condição de direito fundamental quando a ele também se reconhece uma atuação na qualidade de princípio (consagrador de valores)”, como tal deve ser assegurado a todas as pessoas indistintamente (In: *Direitos Fundamentais e Acesso à Justiça na Constituição*. São Paulo: LTr, 2008, p. 146).

tutela jurisdicional não divorciada da realidade e do sentimento de justiça que a orienta; do direito a um sistema processual apto para promover a tempestiva, útil e efetiva tutela dos direitos; e do direito à superação de todos os obstáculos que impeçam a concretização desses direitos²⁰⁵.

35. No ocidente, a efetivação do direito de acesso à justiça encontra limitações nas inconsistências e fragilidades internas e externas de cada Estado, no desequilíbrio na oferta de oportunidades aos sujeitos de direitos, na carência estrutural dos órgãos jurisdicionais, especialmente, dos setores responsáveis pela viabilização da assistência jurídica e judiciária, e no déficit democrático das sociedades²⁰⁶.

Para além desses fatores, concorrem para o acesso desigual aos sistemas domésticos de tutela dos direitos, fatores econômicos relacionados ao alto custo das despesas com o processo; fatores sociais pertinentes à insatisfação com os órgãos jurisdicionais e aos temores com os efeitos da demanda no âmbito das interações pessoais; fatores jurídicos ligados às contingências do processo e da estrutura judiciária, incluindo a morosidade, o apego ao formalismo, a incerteza quanto ao conteúdo da prestação jurisdicional, as deficiências materiais e humanas dos órgãos judiciais, ao despreparo dos profissionais e operadores do direito, a distância geográfica das unidades jurisdicionais e a falta de meios específicos para tutela de direitos especiais; e fatores pessoais relacionados com as barreiras culturais e de comunicação, mormente, no que

²⁰⁵ O debate sobre a acessibilidade ao direito e à justiça tende a adequar-se ao panorama social concreto de cada Estado, nos países que alcançaram alto grau de desenvolvimento a questão do acesso posiciona-se na identificação das barreiras ao reconhecimento dos direitos das minorias e refere-se, com maior expressão, aos direitos ditos de terceira geração, mais especificamente, com a extensão da cidadania às minorias. Por outro lado, nos Estados onde as desigualdades sociais se afiguram mais problemáticas, o discurso é direcionado para a descoberta e desobstrução dos óbices ao acesso, não só das minorias, mas, notadamente, das maiorias, aos instrumentos garantidores de direitos básicos relacionados à liberdade, aos direitos civis e políticos e aos princípios basilares da cidadania. (Cf.: Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; e WATANABE, Kazuo (Coords.) *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 128-135, 1988).

²⁰⁶ Assegurar o acesso à justiça também importa na disponibilização aos cidadãos de instrumentos não só para defender interesses individuais, mas, nomeadamente, para garantir maiores possibilidades de participação política. É neste sentido que Ernani CARVALHO fala em dimensão política do acesso à justiça, ao tratar do alargamento dos legitimados ativos para provocar o controle de constitucionalidade, e das vias de democratização do debate constitucional. (Dimensão Política do Acesso à Justiça: aspectos da revisão judicial. In: GOMES NETO. José Mário Wanderley (Coord.). *Dimensões do Acesso à Justiça*. Salvador: Juspodivm, Coleção Temas de Processo Civil, pp. 41-50, 2008, p. 41 e 45).

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

tange à falta de informação sobre o sistema judiciário de tutela dos direitos e acerca dos meios para beneficiar-se da assistência judiciária não onerosa²⁰⁷.

36. A problemática não se restringe à relação que existe entre a inacessibilidade e a crise da administração da justiça resultante da sobrecarga suportada pelas instituições judiciárias, das deficiências dos serviços judiciais, da morosidade na prestação jurisdicional e da má gestão do judiciário, incorpora, também, as questões alusivas à inefetividade do sistema jurídico como um todo e as inconsistências decorrentes da inserção nas normas de graus diferenciados de 'justiça'²⁰⁸.

A superação dessas barreiras demanda a adoção de reformas políticas, sociais e legislativas que viabilizem a desobstrução do acesso à ordem jurídica e aos meios de tutela das garantias fundamentais, mediante intervenções nas condicionantes orgânicas, institucionais e processuais da admissão aos tribunais, e atuações pontuais com o objetivo de democratizar o acesso aos mecanismos não jurisdicionais de composição dos conflitos²⁰⁹.

2.8. Acesso ao direito e à justiça como direito constitucional fundamental.

37. A efetivação do acesso ao direito e à justiça tem a ver com a busca pela adequada concretização dos direitos fundamentais a partir da atribuição da máxima eficácia às normas que os incorporam, inclusive dos enunciados normativos que, embora insuscetíveis de receberem uma moldura formalmente jusfundamental, adquirem este caráter por revelarem conteúdo materialmente fundamental.

²⁰⁷ A melhoria das condições econômicas da população constitui uma das fórmulas de promoção do acesso ao direito e à justiça, que se concretiza pela implantação de políticas públicas efetivas direcionadas à equalização da distribuição de renda mediante a redução da concentração de riquezas, à viabilização do crescimento econômico e do planejamento racional da atuação dos poderes públicos, e à elevação do nível de conscientização da população sobre os seus direitos e os mecanismos idealizados para promover a tutela dos mesmos.

²⁰⁸ O exame da acessibilidade, nessa perspectiva, serve de alternativa crítica para a avaliação do fundamento das formas de concretização dos direitos, para o exame da utilidade prática da estrutura das instituições judiciais e dos métodos de formação dos profissionais do direito, bem como, para lastrear e servir de base teórica essencial às propostas de reformas dos sistemas processuais, destinadas a tornar efetivos os novos e antigos direitos, resgatar o papel fundamental do judiciário, restaurar a confiança dos indivíduos nas instituições jurídicas e promover respostas jurisdicionais adequadas às pretensões ajuizadas.

²⁰⁹ O apego aos mecanismos extrajudiciais de solução dos litígios tem sido justificado pela necessidade de superar o inconformismo e a insatisfação dos usuários do sistema judiciário, gerados pela falta de um ponto de equilíbrio entre certeza/segurança jurídica e celeridade/efetividade processual, e de conter a proliferação, no âmbito interno, de ordens normativas paralelas à oficial e mecanismos privativos de composição dos conflitos, posicionados à margem do sistema legal de resolução dos litígios, decorrente da inacessibilidade aos mecanismos judiciais de tutela dos direitos.

Enquanto direito inalienável, imprescritível e irrenunciável deve ser garantido pelas instituições nacionais e supranacionais, e protegido dos ataques lançados por particulares e pelos órgãos estatais ²¹⁰.

Recepcionado pelos sistemas nacionais, o direito de acesso à justiça é positivado como norma de direito fundamental²¹¹ geralmente encartada nas Cartas Políticas, e tratado como ‘princípio objetivo básico’ do ordenamento jurídico-constitucional ao qual é atribuído caráter dúplice.

Do ponto de vista subjetivo revela-se como limite ao exercício do poder estatal, e sob o aspecto objetivo, torna-se visível como parâmetro para o regular desempenho das funções institucionais impondo aos órgãos oficiais a obrigação negativa de não transgredi-lo e o dever de conferir-lhe efetividade por intermédio de ações positivas.

É na dimensão interna, ou seja, como instituto jurídico recepcionado e positivado nas ordens jurídicas constitucionais, que assume maior relevância e é abordado com maior rigor pela doutrina e jurisprudência, especialmente, em virtude da falta de consenso quanto ao seu significado, conteúdo e extensão.

²¹⁰ Para análise aprofundada sobre a teoria geral dos direitos fundamentais, conferir: CLÈVE, C. M. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. In: *Constituição, Economia e Desenvolvimento - Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba: Publicação Oficial da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST, v. IV, 2002; DINAMARCO, C. R. Tutela Jurisdicional. In: *Revista de Processo*, nº 81, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996; HÄBELE, P. *Efectividad de los derechos fundamentales en el Estado constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, Francia, España e Itália*. Madri: Civitas, 1991; PARDO, D. W. de A. *Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003; QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*. Coimbra: Coimbra – Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2002; MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995; FRICERO, Natalie. Les Droits Fondamentaux Spécifiques au Procès Civil. In: *Libertés et Droits Fondamentaux*. Paris: Dalloz, pp. 575-587, 2005; SARLET, Ingo Wolfgang. (i) Os Direitos Fundamentais Sociais como “Cláusulas Pétreas”. In: *Cadernos de Direito do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba*. Piracicaba: Gráfica UNIMEP, Volume 3, Número 5, p. 78-97, 2003; (ii) *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; e, FARIA, Miguel José. *Direitos Fundamentais e Direitos Humanos*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Políticas e Segurança Interna, vol. 1, 2001.

²¹¹ É comum o uso das expressões direitos fundamentais e direitos humanos como sinônimas. Costuma-se identificar os direitos fundamentais como os direitos humanos reconhecidos e positivados pela ordem constitucional positiva (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992), posicionando na última categoria todas as demais “posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação a determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 36). Para Antonio-Henrique Pérez LUÑO o critério mais adequado para distinguir as duas categorias é o da concreção normativa, porque a expressão direitos humanos comporta conceito de contornos mais amplos, ambíguos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais cuja precisão resulta do fato de constituírem prerrogativas delimitadas espacial e temporalmente, institucionalmente reconhecidas, cuja efetividade é garantida pelo ordenamento positivo de determinado Estado (In: *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Ed. Tecnos, 1995, pp. 46-47).

38. A estabilização do direito de acesso à justiça, no espaço doméstico ocidental, deve-se, não só ao seu enquadramento como direito humano internacionalmente positivado, mas, nomeadamente, à consolidação da ideia de que o seu reconhecimento, declaração e catalogação como norma de direito fundamental nada produz de concreto se não forem idealizados meios para garantir a sua efetivação²¹².

Do processo de recepção do direito de acesso à justiça pelas ordens constitucionais nacionais resulta a imposição da observância do seu conteúdo positivo a todos os órgãos públicos, e a necessidade da atuação juridicamente programada e oficialmente controlada, das autoridades e instituições responsáveis pela concretização dos direitos.

A principal questão que se coloca, nesse contexto, refere-se à atribuição do carácter fundamental ao seu enunciado, ou seja, a sua afirmação como norma válida em si mesma, universal e inata à condição humana, cuja imperatividade é desvinculada do sistema jurídico posto²¹³.

39. Enquanto norma fundamental conforma-se como direito resistente, porque partilha da mesma resistência jurídica que caracteriza a Constituição e lhe confere rigidez reforçada em eventual reforma constitucional, lhe proporciona supremacia em relação às demais normas do ordenamento, e a qualifica como condição de validade de todas as normas do sistema jurídico²¹⁴.

²¹² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

²¹³ Em precisa construção Luigi FERRAJOLLI sustenta que direitos fundamentais são aqueles direitos subjetivos que as normas de um determinado ordenamento atribuem universalmente a todos (pessoas, cidadãos e capazes de agir). As características estruturais que os distingue das demais são: (a) a forma universal de imputação, (b) um estatuto de regras gerais e abstratas e, (c) o carácter indisponível e inalienável, atingindo por igual forma e medida a todos os seus titulares. Em razão destes caracteres formais, na hipótese de se querer tutelar um direito como fundamental é preciso subtrair-lo, de um lado, do intercâmbio mercantil, para conferi-lo igualmente a todos, mediante enunciado em forma de regra geral e, de outro, da arbitrariedade do legislador ordinário, estipulando-o como norma constitucional. Esta definição permite identificar duas tipologias de direitos fundamentais (de carácter teórico e formal, porque alusivos aos seus elementos estruturais), uma subjetiva – relativa às classes de sujeitos a quem são atribuídos, outra objetiva, referente aos tipos de comportamentos neles contidos. Evidenciam-se quatro combinações geradas pela relevância ou irrelevância do status de cidadão e/ou da capacidade de capaz de agir, como pressupostos dos direitos fundamentais, das quais podemos obter quatro classes destes direitos: (a) os direitos humanos – pertencem a todas as pessoas como tais, inclusive aos que não são cidadãos ou capazes de produzir; (b) os direitos civis – pertencem aos capazes de agir independentemente da cidadania; (c) os direitos públicos – afetam os cidadãos independentemente da sua capacidade de agir; e, (d) os direitos políticos – só correspondem às pessoas que sejam tanto cidadãos como capazes de produzir (In: *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*. Trad. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madri: Trotta. 2001, p. 31-47).

²¹⁴ SÁNCHEZ, Santiago Carretero. *Nueva Introducción a la Teoría del Derecho*. Madrid: Dykinson/Servicio de Publicaciones de L'Universidad Rey Juan Carlos, 2005, p. 128.

Com essas características materializa-se como instrumento de defesa das liberdades individuais, integra um “sistema analógico que atua como fundamento material de todo ordenamento jurídico”²¹⁵, serve de garantia contra eventuais desvios de poder e de fundamento à pretensão geral de proteção da dignidade da pessoa humana²¹⁶.

Preservado em um núcleo essencial, seu enunciado é blindado contra a atuação erosiva da jurisprudência, da atividade legislativa ordinária, e até mesmo contra as eventuais investidas reformistas deflagradas no âmbito do poder constituinte derivado.

40. Em nossos dias, a qualificação de um direito como fundamental lhe confere os atributos da universalidade, que o posiciona como prerrogativa de todos, indistintamente; da justiciabilidade²¹⁷, revelada na possibilidade de ser protegido e tutelado pela via jurisdicional; e da exigibilidade, demonstrada pela inequívocidade do responsável pela sua efetivação.

É da fundamentalidade do direito de acesso à justiça que decorre a obrigação das instituições jurídicas nacionais e supranacionais de disponibilizarem aos indivíduos o acesso a normas e precedentes aptos para servirem de pontos de partida para processos de interpretação/aplicação, capazes de produzirem resultados eficientes na regulação

²¹⁵ Ingo W. SARLET sobre o assunto pondera que “toda a atividade estatal e todos os órgãos públicos se encontram vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-lhes neste sentido um dever de respeito e proteção que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la contra agressões por parte de terceiros” (In: *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 120).

²¹⁶ José Mário Wanderley GOMES NETO e Júlia Pinto Ferreira PORTO ponderam que “numa sociedade dotada de alto grau de complexidade como a atual, a efetividade dos direitos humanos se dá primeiro, no entendimento de declarar que, apesar das diferenças, as pessoas são iguais. Depois, no entendimento de que, mesmo sendo declaradas como iguais, as pessoas são materialmente diferentes” (Análise Sociojurídica do Acesso à Justiça: As implicações no pluralismo jurídico do acesso à ordem jurídica justa. In: GOMES NETO. José Mário Wanderley (Coord.). *Dimensões do Acesso à Justiça*. Salvador: Juspodivm, Coleção Temas de Processo Civil, pp. 133-182, 2008, p.144).

²¹⁷ A questão da justiciabilidade de alguns direitos fundamentais é controvertida, em especial, daqueles que integram a categoria dos direitos sociais e econômicos. Alguns doutrinadores entendem que a natureza desses direitos não permite que sejam invocados ou aplicados no âmbito do exercício da tutela jurisdicional, e que numa realidade de tripartição dos poderes há incompatibilidade entre políticas públicas e controle judicial. Para Jayme Bevenuto LIMA JÚNIOR esta posição é equivocada porque, no plano interno, os princípios constitucionais consagrados pelas Nações adeptas da democracia como forma de governo são compatibilizados entre si a fim de incidirem harmonicamente nas sociedades, sem fragilizar ou esvaziar os seus conteúdos, razão pela qual, não há falar em contraposição entre políticas públicas e controle jurisdicional ou, em outros termos, é falsa a antinomia entre os princípios da independência dos poderes e da garantia do acesso à justiça. (O Acesso à Justiça Internacional em Matéria de Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais. In: GOMES NETO. José Mário Wanderley (Coord.). *Dimensões do Acesso à Justiça*. Salvador: Juspodivm, Coleção Temas de Processo Civil, pp. 111-132, 2008).

dos litígios, e de submeterem os seus partícipes ao dever de argumentar com base nas soluções traçadas pela ordem jurídica instituída²¹⁸.

Essa concepção, predominante no constitucionalismo contemporâneo, é tributária do discurso de Dworkin²¹⁹ e posiciona o direito de acesso à justiça como direito subjetivo qualificado, que encontra na dignidade da pessoa humana o principal fundamento e assegura às pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aos Estados, a garantia de exigir de terceiros, pela via do controle jurisdicional, a prática ou abstenção de determinadas condutas²²⁰.

A intervenção de um órgão jurisdicional com competência e poder contramajoritário para exercer eficazmente a tutela dos direitos, e habilitado a manejar o princípio da proporcionalidade, numa situação de conflito entre princípios constitucionais, constitui pressuposto necessário para sua efetivação²²¹.

41. Nos ordenamentos jurídicos europeus, e naqueles que historicamente vêm utilizando para a formatação dos seus sistemas jurídico-constitucionais o modelo consolidado na Europa, o reconhecimento da fundamentalidade do acesso ao direito e à justiça é abalizada na atribuição ao intérprete/aplicador da competência para ponderar princípios fundamentais, atribuir-lhes uma dimensão de peso e revelá-los como direitos públicos subjetivos qualificados²²².

²¹⁸ A fundamentalidade de um direito não provoca, necessariamente, a impossibilidade de restrições ao seu exercício. A previsão de limites na própria Lei Fundamental que revela direitos de idêntica natureza permite a adequada concretização das garantias constitucionais do processo e um maior controle da formalização dos procedimentos. Costuma-se condicionar as restrições aos direitos fundamentais à prévia disciplina constitucional ou legal, explícita ou implícita, e ao respeito a um conteúdo essencial que não possa ser afetado em qualquer circunstância. Para Peter HÄBERLE, não “há nenhuma restrição conforme o direito; as intervenções são antijurídicas, são jurídico-constitucionalmente inadmissíveis” sendo vedado ao legislador intervir, restringir ou limitar os direitos fundamentais. (In: *La garantía del contenido esencial de los Derechos fundamentales*. Trad. Joaquim Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, p. 207). Cf.: ASCENSÃO, J. O. Liberdade de referência em linha e os seus limites. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 358, 2001.

²¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

²²⁰ Ingo W. SARLET frisa que ao falarmos de direitos fundamentais subjetivos “estamo-nos referindo à possibilidade que tem o seu titular (considerado com tal a pessoa individual ou ente coletivo a quem é atribuído) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão” (In: *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 164).

²²¹ FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e Justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática, p. 5-13, 1997.

²²² Ernst Wolfgang BÖCKENFÖRDE assinala que a construção desse entendimento na Corte Constitucional Federal Alemã teve por base os casos da Tributação dos Cônjuges, de 1957, e Lüth, de 1958, nos quais se defendeu que um conteúdo objetivo irradiava-se sobre cada direito fundamental em particular (In: *Los métodos de la interpretación constitucional – inventario e crítica. Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Luis R. Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden:

A concepção de que os direitos fundamentais incorporam uma força jurídica objetiva autônoma alia-se à doutrina de que tais prerrogativas, quando manipuladas como diretrizes para a formalização dos processos de interpretação/aplicação das normas de direito infraconstitucional, possuem eficácia irradiante que também os habilita a incidir na esfera privada, impondo ao Estado o dever de velar pela proteção das prerrogativas fundamentais dos indivíduos contra as investidas e violações perpetradas por particulares e pelos poderes e órgãos públicos.

Essa perspectiva não obsta o reconhecimento dos direitos fundamentais como parâmetros para a instituição de procedimentos administrativos ou judiciais com o objetivo de viabilizarem a efetiva proteção das prerrogativas que deles decorrem, facultando aos seus titulares a possibilidade de demandar judicialmente a tutela dos seus interesses.

42. Como nas sociedades contemporâneas as interações sociais e econômicas articulam-se com base em conceitos de justiça e de moral díspares, a efetivação do acesso ao direito e à justiça enquanto norma de direito fundamental, em todas as suas formas de revelação, exige de intérprete/aplicador, investido ou não em competência constitucional, e exercício de juízos de ponderação para identificar qual a ordem de valor que deve prevalecer²²³.

É o atributo da fundamentalidade²²⁴ que permite ao intérprete/aplicador estabelecer o significado do enunciado que positiva o acesso ao direito e à justiça no ato

Nomos, 1993). Para Ingo W. SARLET a constatação de que esses direitos “revelam dupla perspectiva, na medida em que podem, em princípio, ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais, quanto elementos objetivos da comunidade” constitui uma das mais relevantes formulações da atualidade. (In: *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 150). A Corte Federal Constitucional Alemã ao encampar a tese assentou que os direitos fundamentais, além de configurarem prerrogativas de defesa da pessoa em face dos atos abusivos do poder público, consubstanciam decisões valorativas de caráter jurídico-objetivo do Constituinte com eficácia em todo o sistema jurídico, que servem de parâmetros de validade para todos os atos praticados pelos Órgãos de Poder, não só do ponto de vista individual, ou seja, da posição da pessoa perante o Estado, mas, sobretudo, do “ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 145).

²²³ Robert ALEXY insere essa problemática no espaço do que denomina constitucionalismo discursivo. (In: *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007).

²²⁴ O predicado da fundamentalidade que qualifica o direito de acesso à justiça desdobra-se em dois aspectos, um formal, que decorre dos limites formais e materiais às reformas do seu conteúdo, do caráter supralegal que lhe é atribuído e da sua vinculação e aplicabilidade imediata às entidades públicas e privadas; e outro material, que resulta do fato de constituir expressão da decisão originária sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade, e de permitir, pela via da construção jurisprudencial, a abertura da Constituição a outros direitos de idêntica natureza, posicionados fora do catálogo positivado.

que o concretiza, e que posiciona como sujeito desse processo não a norma, mas o jurista chamado a aplicá-la²²⁵. O criador de normas e precedentes apenas produz um texto aberto, uma proposição não enquadrável numa categoria normativa propriamente dita, que será objeto do trabalho hermenêutico no processo de aplicação²²⁶.

43. Enquanto direito fundamental o acesso ao direito e à justiça habilita aos titulares de direitos a demandarem, pela via jurisdicional, o cumprimento de prestações positivas atribuíveis ao Estado, ainda que previstas em normas localizadas fora do catálogo constitucional²²⁷.

²²⁵ As questões que dizem respeito à fundamentalidade do acesso ao direito e à justiça, na perspectiva de Alexy, devem ser postas no plano de uma teoria dogmático-jurídica orientada pelo que é praticado como ciência do direito, designado como ‘dogmática jurídica’ ou ‘jurisprudência’, e que se desdobra, no plano analítico dos conceitos, das construções e estruturas dos sistemas jurídicos e dos fundamentos dos direitos, no plano empírico do conhecimento das normas e das premissas argumentativas, e no plano normativo da orientação e crítica da prática jurídica desenvolvida na atividade jurisdicional. Sobre o assunto, conferir: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Vladés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, e ROCHA JUNIOR, José Jardim. Para a Crítica à Compreensão Dominante dos Direitos Fundamentais. In: *Revista de Direito Público*. Porto Alegre: Síntese – IOB, ano V, nº 18, Out.-Nov.-Dez. de 2007, pp. 80-92. A. E. Perez LUÑO leciona que os direitos humanos enquanto categorias normativas passíveis de serem fundamentalizadas materializam-se como “conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional”. (In: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Ed. Tecnos, 1995, p. 48).

²²⁶ Essa percepção estruturante se sobrepõe às posições tradicionais focadas no positivismo normativista, que visualizam o texto da norma como única moldura da decisão, limitando a atuação criativa do intérprete; e no decisionismo, cujos defensores sustentam que o pronunciamento do hermeneuta/aplicador não se subordina ao texto da norma no que diz respeito às questões de validade, justificação e atribuição de sentido.

²²⁷ A tutela jurídica dos direitos fundamentais catalogados não obsta a proteção das garantias e prerrogativas que, a despeito de não terem sido formalmente constitucionalizadas, são reveladas e chanceladas com inequívoco caráter fundamental. Tratando dessa particularidade, Ingo Wolfgang SARLET pondera que a “existência de direitos sociais materialmente fundamentais, mesmo localizados fora da Constituição, não conduz necessariamente a restrições no campo das liberdades individuais, de modo especial quando os direitos sociais constituem importante instrumental para um intensivo e eficaz exercício das liberdades e alavanca para a concretização da igualdade material”, mais adiante, amestra que os direitos fundamentais fora do catálogo “podem ser escritos (previstos na Constituição ou em tratados internacionais), ou decorrentes do regime e dos princípios (não-escritos), excluindo-se os implícitos, na medida em que subentendidos nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais do catálogo”. (In: *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 96 e 104). Adotando como ponto de partida a premissa de que os direitos fundamentais são mutáveis, variam no tempo e no espaço, e não podem ser enclausurados em catálogos fechados, Cristina M. M. QUEIROZ destaca que essas características bloqueiam a concepção de elencos exaustivos de possibilidades de tutelas (In: *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 49). Na mesma linha de pensamento Laurence TRIBE defende que a inexistência de uma previsão formal na Constituição não obsta a possibilidade do reconhecimento de outros direitos fundamentais não catalogados (In: *American Constitutional Law*. New York: Foundation Press, 2000, p. 34).

A sua promoção requer a neutralização das desigualdades no exercício dos direitos por intermédio de uma justiciabilidade concretizadora²²⁸, na qual os órgãos jurisdicionais assumam o papel de construtores de políticas públicas e de espaços receptores das demandas sociais²²⁹.

Enquanto fundamento legitimador das ações institucionais idealizadas para proteger e concretizar os direitos²³⁰, o direito de acesso à justiça revela-se como direito-garantia, porque, além de viabilizar a atuação estatal com vista à efetividade de outros direitos, pode, ao mesmo tempo, “fundamentar posições jurídicas subjetivas individuais e autônomas”²³¹ e figurar como garantia de natureza processual que assegura a inafastabilidade do controle judiciário.

²²⁸ É por esta razão que, na esteira do que defende Gustavo Ferreira SANTOS, a jusfundamentalidade do acesso à justiça tende a se estabilizar em contextos de constitucionalismo forte, e a evidenciar nos cenários de baixa eficácia deste corolário, problemas para a democracia nos Estados propositivos que pretendem desempenhar funções garantísticas. (Acesso à Justiça como Direito Fundamental e a Igualdade em face dos Direitos Sociais. In: GOMES NETO, José Mário Wanderley (Coord.). *Dimensões do Acesso à Justiça*. Salvador: Juspodivm, Coleção Temas de Processo Civil, pp. 75-85, 2008).

²²⁹ Para maior aprofundamento sobre as novas perspectivas dos direitos sociais e o ativismo judicial, conferir: FIGUEIREDO, Ivanilda. *Políticas Públicas e a Realização dos Direitos Sociais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006; DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996; SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, nº 21, pp. 11-37, Novembro de 1986; FARIA, Paula Lobato de, e BRANCO, Pedro Afonso. *A Eficácia da Justiça em Portugal na Defesa do Consumidor. Análise do Quadro Jurídico Português na Perspectiva do Consumidor*. Lisboa: Serviços Gráficos da Secretaria Geral do Ministério do Planeamento e da Administração do Território, 1989; BEZERRA, Paulo César Santos. *Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; FARIA, José Eduardo (Org.). (i) *Direito e Justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática, p. 5-13, 1997; (ii) *Direitos humanos, sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005; TEIXEIRA, Sérgio Torres. Efetividade Social do Processo Trabalhista – A eficácia do processo no âmbito da justiça do trabalho numa perspectiva sociojurídica. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região*. Recife: TRT da 6ª Região, v. 10, n. 25, pp. 56-93, 1998; DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A prestação jurisdicional e a efetividade dos direitos declarados. In: *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro: EMERJ, v. 1, n. 1, 1998; PASSOS, J. J. Calmon de. Função social do processo. In: *Ensaios Jurídicos: Direito em Revista*. Rio de Janeiro: IBAJ, nº 4, p. 117 - 119, 1997; STANFORD, Arthur. As audiências judiciais como processo de legitimação e justiça social: (à luz da teoria da Justiça Social de Rawls e da legitimação pelo procedimento de Luhmann). In: *Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco*. Recife: Bagaço, v. 3, n. 7, p. 43-66, Jan./Jun. 1998; MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. Trad. Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes de Albuquerque. In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, n. 11. Recife: Ed. Universitária da UFPE, p. 125-56, 2000.

²³⁰ Sobre o tema, conferir: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: RT, 1991, p. 165; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 483; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 532; e, MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Vol. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p.88.

²³¹ SARLET, Ingo W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 194. No mesmo sentido: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 171.

44. Revelado como direito fundamental a uma prestação, vincula o Estado ao dever de não intervir no plano das liberdades individuais e de afiançar o exercício pleno das liberdades, disponibilizando os meios jurídicos e materiais necessários para sua completa efetividade. Engloba a prerrogativa de cada pessoa exigir do Estado a proteção das suas posições jurídicas fundamentais, inclusive a de participar na organização e nos procedimentos, bem como o “direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições criadas pelos poderes públicos”²³².

Aos órgãos públicos, em especial, às instituições jurisdicionais²³³, é adjudicada a responsabilidade pela viabilização das condições necessárias para que os direitos e garantias sejam concretizados como prerrogativas reais e efetivas, ainda que na execução dessa função sejam expostos às limitações decorrentes da desqualificação das Cortes para executarem programas socioeconômicos²³⁴.

2.9. Acesso ao direito e à justiça como garantia e princípio processual.

45. As garantias processuais, enquanto formas de expressão do direito de acesso à justiça, frequentemente são posicionadas no plano principiológico como espécies normativas desprovidas do caráter obrigatório próprio das regras e precedentes²³⁵, que

²³² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1987, p. 553.

²³³ A interpretação/aplicação das leis em consonância com o teor dos direitos fundamentais é atribuição dos tribunais, inclusive, no exercício da jurisdição civil (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1987, p.600). Ingo W. SARLET leciona que as normas de direito privado não podem contrariar o conteúdo dos direitos fundamentais, a sua interpretação deve seguir os “parâmetros axiológicos contidos nas normas de direitos fundamentais, o que habitualmente (mas não exclusivamente), ocorre quando se trata de aplicar conceitos indeterminados e cláusulas gerais de direito privado” (In: *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 369).

²³⁴ Ao Estado, principal responsável pela efetivação do direito de acesso à justiça é conferido o dever de zelar “pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, não só contra ingerências indevidas por parte dos poderes públicos, mas, igualmente, contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados” (SARLET, Ingo W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 206). A problemática da efetiva disponibilidade dos meios para que os destinatários das normas façam valer os seus direitos relaciona-se com a limitação dos recursos (possibilidade material), a capacidade jurídica (possibilidade jurídica) para ter acesso aos mecanismos de tutela existentes, e ao reconhecimento da justiciabilidade do direito de acesso de modo a evidenciá-lo como direito subjetivo a compelir judicialmente os órgãos estatais a prestarem tutela jurisdicional efetiva, consubstanciada na concreta garantia da eficaz fruição dos direitos, mesmo que suprimindo lacuna gerada pela falta de atuação do legislador, num contexto em que os órgãos judiciais, suas estruturas, procedimentos e decisões estejam vinculados, direcionados e determinados pelos direitos fundamentais.

²³⁵ Para análise mais aprofundada, verificar: BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: RÚBIO, David S., FLORES, Joaquim H. e CARVALHO, Salo de (Orgs.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a*

carecem de concretização e aplicabilidade imediata, e assumem a forma de proposições jurídicas suscetíveis de serem delimitadas negativamente pelo legislador²³⁶.

teoria crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1999; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel, e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2004; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LOPES, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais – considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003; LENZA, Pedro. A amplitude do acesso à ordem jurídica justa e a efetividade enquanto direitos humanos fundamentais constitucionalmente assegurados. In: TAVARES, Ramos Tavares; FERREIRA, A. V. Alves; e LENZA, Pedro (Coords.). *Constituição Federal – 15 anos: mutação e evolução*. São Paulo: Método, 2003; MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. OLIVEIRA, C. A. Álvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: *Revista Notícias do Direito Brasileiro – Nova Série*, São Paulo: IOB Thompson – Brasília - Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, n. 10, 2004. SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Direitos fundamentais e direito comunitário – por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004; VIGO, Rodolfo Luis. Los principios jurídicos y su impacto en la teoría actual. In: *Persona y Derecho*. Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, nº 44, pp. 65-102, 2001; HOHFELD, W. N. *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1991; LEÃO, Anabela Costa. Em torno dos conceitos de regra e de princípio. A polêmica entre Hart e Dworkin. In: AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Carlos Ferreira de; e ALMEIDA, Marta Tavares de (Coords.). *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*. Coimbra: Almedina, pp. 43-72, 2008; ALEX, Robert. (i) *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002; (ii) Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, ano 22, nº 66, pp. 13-64, Set./Dez. 2002; QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*. Coimbra – Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2002; NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999; LONGO, Luís Antônio. O Princípio do Juiz Natural e o seu Conteúdo Substancial. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *As Garantias do Cidadão no Processo Civil: Relações entre Constituição e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 31-52, 2003; DORIA, A. de Sampaio. *Princípios Constitucionais*. São Paulo: São Paulo Editora, 1926; CANAS, Antonio Gordillo. *Ley, Principios Generales y Constitución: Apuntes para una relectura desde la Constitución de la Teoría de las Fuentes del Derecho*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areca S/A, 1970; FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil. Conceito e Princípios Gerais: À Luz do Código Revisto*. Coimbra: Coimbra, 1996; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. (i) *Teoria da Norma Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1978; (ii) *Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 1994; LLOYD, Dennis. *A idéia de lei*. Tradução Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1985; OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000; CRETELLA NETTO, José. *Fundamentos Principiológicos do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006; HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994; TÁCITO, Caio. A razoabilidade das leis. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, ano 92, v. 335, p. 7, Jul./Set., 1996; e SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 91, v. 798, abr./2002.

²³⁶ Para Luís Roberto BARROSO e Ana Paula de BARCELLOS, “nos últimos anos, todavia, ganhou curso generalizado uma distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio, que veio a se tornar um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam às regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo às concepções de Ronald Dworkin e aos desenvolvimentos a ela dados por

Elas somente adquirem validade e caráter normativo quando concretizadas no contexto de um processo judicial²³⁷ e aperfeiçoadas como fenômenos que, apesar de não serem imunes às vicissitudes e determinantes jurídicas, sociais e econômicas de cada época, se sujeitam às opções e conveniências do legislador e dos órgãos aos quais é atribuída a função de interpretar e aplicar as normas²³⁸.

A depender do nível de desenvolvimento jurídico do ambiente em que o processo de concretização se realiza, e da ideologia política dominante, os princípios processuais, notadamente, aqueles essenciais à consolidação do Estado de Direito, a exemplo da garantia do acesso à justiça, do contraditório, da paridade de armas, da independência dos juízes, podem ou não ser submetidos a um tratamento especial ou alçados ao nível dos direitos fundamentais.

Em qualquer contexto, a garantia da proteção judiciária é revelada como o principal fundamento da realização dos direitos subjetivos, cujo teor, para além de alicerçar-se no princípio da separação de poderes, é informado pelas garantias do acesso à justiça, do juiz natural, da independência e imparcialidade do julgador e da ampla defesa, que harmonizam o seu conteúdo com o princípio do devido processo legal, enquanto via de sedimentação da justiça processual e da máxima efetividade e celeridade das decisões²³⁹.

46. No âmbito nacional é a Constituição que declara quais direitos são fundamentais e estabelece as garantias necessárias para preservá-los e tutelá-los por meio da atuação jurisdicional.

Robert Alexy. A conjugação das ideias desses dois autores dominou a teoria jurídica e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria” (A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LOPES, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais – considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003).

²³⁷ A identificação do conteúdo e da medida da eficácia dos princípios e das regras, na perspectiva de Robert ALEXY, é caracterizada pela atribuição aos princípios jurídicos do caráter de mandato de otimização, que os distingue qualitativamente das regras. O fator determinante para diferenciar entre regras e princípios reside no fato destes configurarem normas ordenadoras de que algo se realize na maior medida cabível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, como mandatos de otimização que podem ser cumpridos em diferentes graus, de acordo com as possibilidades reais e jurídicas, ao passo que as regras só podem ser cumpridas ou não. Tratando-se de uma regra válida, se impõe o seu atendimento na maneira exata como exige o seu teor.

²³⁸ SILVA, Dicken William Lemes. O Direito de Acesso à Justiça no Contexto do Pós-Positivismo. In: *Revista de Direito Público*. Porto Alegre: Síntese – IOB, ano III, nº 10, pp. 125 – 160, Out.-Nov.-Dez de 2005, p. 137.

²³⁹ Cf.: TARZIA, Giuseppe. Il Giusto Processo de Execuzione. In: *Il Giusto Processo*. Roma: Accademia Nazionale dei Licei, 2003, p. 203/205.

A normatização constitucional do acesso ao direito e aos tribunais como princípio processual geral ou como garantia processual de cunho constitucional submetida ao tratamento privilegiado dos direitos fundamentais, ou seja, como meio que assegura a concretização dos direitos e mecanismo de proteção sem o qual é inviável falar-se em funcionalidade do ordenamento²⁴⁰, é atrelada à efetivação de um processo equitativo capaz de produzir decisões eficientes dentro de um prazo razoável.

Enquanto garantia, o acesso à justiça é delineado por um conjunto de emanções implícitas e explícitas permeadas no plano constitucional e em disposições convencionais inseridas em tratados internacionais, regionais ou comunitários dotados ou não de supranacionalidade²⁴¹.

47. Na DUDH, na CEDH e na CADH o acesso à justiça está vinculado à garantia da independência e da imparcialidade dos tribunais, da publicidade dos procedimentos e de um processo equitativo desenvolvido em tempo razoável e sem dilações indevidas.

Na maioria das Cartas Constitucionais do ocidente, a essas garantias costuma-se adicionar o direito à assistência judiciária gratuita àqueles que não apresentem condições econômicas para suportar os custos do processo, o direito à fundamentação das decisões judiciais, ao contraditório, à ampla defesa, à paridade de armas, ao duplo grau de jurisdição e a estabilidade das decisões, visualizados como expressões do direito a um processo justo.

Modelados com alto grau de indeterminação, o direito de acesso à justiça e os princípios e garantias que lhe são correlatos são tratados como meros ‘pontos de

²⁴⁰ GALVÃO TELLES. Inocência. *Introdução ao Estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. 2, 2000, p. 225; e DUARTE, Ronie Preuss. *Garantia do Acesso à Justiça – Contributo para um Fundamento Constitucional do Processo Civil*. Lisboa: Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito. Dissertação de Mestrado em Ciências jurídicas, 2001/2002. Este autor sustenta que “o termo garantia traz consigo uma dimensão subjetiva própria, a qual não é passível de verificação nos princípios processuais em sentido estrito. Conquanto se admita a exigência de garantias que não são passíveis de fazer surgir na esfera jurídica do cidadão um verdadeiro direito subjetivo, a regra é que as garantias tenham uma ‘projeção subjetiva’, sendo sujeitas a regime específico” (p.78).

²⁴¹ Joaquim José Gomes CANOTILHO defende que os princípios cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos e podem ser entendidos sob duas perspectivas, uma objetiva, que obriga os poderes públicos a não intervirem na esfera jurídica individual, outra subjetiva, revelado no poder estatal de atuar positivamente no sentido de efetivar os direitos fundamentais (liberdade positiva), e de exigir omissões dos poderes públicos a fim de evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). Na sua perspectiva, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se revelem com o caráter instrumental de proteção dos direitos, ou seja, como direito dos cidadãos a exigirem dos poderes públicos a proteção dos direitos, e a disponibilização dos meios processuais adequados a esta finalidade (In: *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 66).

partida’ ou ‘sinalizações de um roteiro’ a ser seguido pelo legislador e pelo intérprete/aplicador²⁴² no processo de concretização normativa.

48. Aos órgãos jurisdicionais atribui-se competência para determinar as posições jurídicas garantidas por esses direitos, bem como o conteúdo substancial e o respectivo alcance de cada um, em um processo que não comporta o tratamento exclusivamente formal dos enunciados e o recurso a concepções que os reduzam a meras encarnações da vontade do legislador, nem se confunde com o procedimento adotado no espaço de atuação dos executores dos demais poderes públicos²⁴³.

As opções do legislador ou do administrador são determinadas pelo jogo de interesses dominante, ao passo que as escolhas do julgador têm por base, essencialmente, fundamentos jurídicos relacionados com a noção de processo equitativo recepcionada em uma determinada ordem jurídico-constitucional, que é informada pela garantia do contraditório como princípio insuprimível de qualquer sistema que pretenda conformar-se justo.

49. O crescente protagonismo dos Tribunais na densificação e concretização interpretativa do direito de acesso à justiça²⁴⁴ é reforçado pelo poder que lhes é

²⁴² A modelagem do sentido das normas suscita questões de ordem política. O problema fronteiro entre o político e o jurídico que informa o debate sobre a Justiciabilidade das questões políticas, conquanto tenha sido diluído no processo de constitucionalização dos direitos fundamentais, é constantemente renovado, sobretudo, quando os tribunais são chamados a exercerem o controle da constitucionalidade e nesse mister são levados a manejarem dados que extrapolam os limites fixados pela lei fundamental e a proferirem decisões com notório teor político. Para os que defendem que a identificação do teor das normas fundamentais é incumbência do legislador e não dos órgãos responsáveis pela sua interpretação/aplicação aos quais não é permitido decidir sem observar a moldura fixada pela norma positivada, os tribunais, ao exercerem o controle da adequação das normas aos princípios de direito fundamental não desempenham função jurídica, mas expressam opções políticas. Cf.: BOCKENFÖRDE, Ernest W. Aseguramiento de la Libertad frente al Poder Social: Esbozo de un Problema. In: *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Trad. Ignácio Villaverde Manédes. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 137.

²⁴³ Nuno PIÇARRA assinala que no modelo constitucional fundado na tripartição de poderes, os tribunais não possuem legitimidade para atuarem como contra legisladores ou em substituição aos legisladores, a atividade desenvolvida com tal caráter configura usurpação ao núcleo essencial da atividade legislativa (In: *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989, 261). Ronie Preuss DUARTE defende “a necessidade de se assegurar ao legislador uma margem de liberdade na disciplina processual, não sendo inadmissível aos tribunais, amparados na supremacia da Constituição, terem total liberdade na imposição de um regime que julguem ser o mais adequado”. (In: *Garantia do Acesso à Justiça – Contributo para um Fundamento Constitucional do Processo Civil*. Lisboa: Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito. Dissertação de Mestrado em Ciências jurídicas, 2001/2002, p.89).

²⁴⁴ Ronie Preuss DUARTE pondera que da “garantia geral de acesso ao direito e aos tribunais mediante um processo equitativo (direito processual fundamental de acesso à justiça) pode-se extrair, com base na atividade interpretativa e ou legislativa uma série de direitos fundamentais processuais que a ela estão adscritos” (In: *Garantia do Acesso à Justiça – Contributo para um Fundamento Constitucional do*

conferido para proferir a palavra final sobre o conteúdo dos conceitos legais indeterminados²⁴⁵, no exercício do qual deve reverenciar os valores que norteiam o ordenamento jurídico-constitucional²⁴⁶.

Processo Civil. Lisboa: Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito. Dissertação de Mestrado em Ciências jurídicas, 2001/2002, p. 104).

²⁴⁵ Para Joaquim José Gomes CANOTILHO, a determinabilidade ou indeterminabilidade das normas é uma questão que afeta, principalmente, a distribuição das funções legislativa, jurisdicional e administrativa, à medida que pode dar ensanchas a inversões de competências constitucionais e tornar claudicante a previsibilidade normativa tanto para o jurisdicionado como para o órgão responsável pela prestação da tutela jurisdicional. (In: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 258). Paulo OTERO sustenta que “a valorização do papel do juiz ao nível da interpretação das normas ordinárias e constitucionais confere-lhe um estatuto central no contexto da própria criação do Direito. Esse estatuto mostra-se mesmo revelador de uma supremacia do juiz perante os demais poderes do Estado, visto as suas funções ultrapassarem o mero controlo negativo-resolutivo dos actos jurídicos. O desenvolvimento e a relevância dos princípios interpretativos e integrativos decorrentes de um pensamento jurídico sistemático conferem ao juiz um papel definidor, senão mesmo redefinidor do sentido das normas jurídicas” (In: *Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993, p. 33/34).

²⁴⁶ Para exame aprofundado do papel dos Tribunais conferir: FARIA, José Eduardo e KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos Direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonad, 2000; MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da Justiça: alguns mitos. In: *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros – Cidadania e Justiça*. Rio de Janeiro: Publicação da Diretoria de Comunicação Social da AMB, ano 4, nº 8, pp. 6-15, 1º Semestre/2000; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Poder e Justiça. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Estudos em Homenagem a Nelson Saldanha: Direito e Poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Barueri: Manole, pp. 168-182, 2005; CROCQ, Pierre. Le Droit à un Tribunal Impartial. In: *Libertés et Droits Fondamentaux*. Paris: Dalloz, pp. 339-453, 2005; MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Efetiva. In: *Revista da Escola Nacional da Magistratura*. Brasília: Escola Nacional da Magistratura, ano I, nº 1, pp.68-81, Abril 2006; HESS, Heliana Coutinho. *Acesso à Justiça por Reformas Judiciais*. São Paulo: Millenium, 2004; TARUFFO, Michele. Dimensões Transculturais da Justiça Civil. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco*. Recife: ESMAPE, volume 5, nº 11, pp. 291-343, Jan./Jun. 2000; LONGO, Luís Antônio. O Princípio do Juiz Natural e o seu Conteúdo Substancial. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *As Garantias do Cidadão no Processo Civil: Relações entre Constituição e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 31-52, 2003; BURGELIN, Jean-François et LOMBARD, Paul. *Le procès de la justice*. France: Plon, 2003; MANSO, Richard. Democratização do Poder Judiciária. In: *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros – Cidadania e Justiça*. Rio de Janeiro: Publicação da Diretoria de Comunicação Social da AMB, ano 4, nº 8, pp. 88-94, 1º Semestre/2000; SIFUENTES, Mônica Jacqueline. O Poder Judiciário no Brasil e em Portugal: reflexões e perspectivas. In: *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros – Cidadania e Justiça*. Rio de Janeiro: Publicação da Diretoria de Comunicação Social da AMB, ano 4, nº 8, pp. 95-112, 1º Semestre/2000; PEDROSO, João, TRINCÃO, Catarina e DIAS, João Paulo. *Por Caminhos da(s) Reforma(s) da Justiça*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003; ROSA, Alexandre Moraes da. Aspectos destacados do Poder Judiciário norte-americano. In: *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros – Cidadania e Justiça*. Rio de Janeiro: Publicação da Diretoria de Comunicação Social da AMB, ano 4, nº 8, pp. 113-120, 1º Semestre/2000; FERREIRA, Fernando Guimarães. Consolidação da personalidade judiciária dos Poderes Judiciário e Legislativo. In: *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros – Cidadania e Justiça*. Rio de Janeiro: Publicação da Diretoria de Comunicação Social da AMB, ano 4, nº 8, pp. 6-15, 1º Semestre/2000; APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder Judiciário: Do Moderno ao Contemporâneo*. Porto Alegre: 1998; CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juízes vistos por um Advogado*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997; DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996; SLAIBI FILHO, Nagib. *Reforma da Justiça*. Niterói: Impetus, 2005; COSTA, Francisco Bruto da. Tribunais e Tecnologia. In: *V Congresso de Juízes Portugueses – O Poder Judicial na Viragem do Século: Realidade ou Ficção*. Viseu: Associação Sindical dos Juízes Portugueses, 1997; MARQUES,

Enquanto questão prática, a identificação do conteúdo do direito de acesso à justiça é solvida racionalmente a partir da obtenção de um consenso justificável em torno do seu significado, em um processo no qual tenha sido assegurado aos interessados, portadores de pretensões de validade, liberdade para comunicarem as suas intenções, em condições equânimes, de acordo com as normas e valores vigentes, a fim

Maria Manuel Leitão. Justiça e Cidadania: para uma justiça mais democrática. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, nº 54, pp. 63-65, Junho de 1999; MOTA, Francisco Teixeira de. Justiça e Cidadania: para uma justiça mais democrática. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, nº 54, pp. 59-61, Junho de 1999; PUREZA, José Manuel. Justiça e Cidadania: para uma justiça mais democrática. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, nº 54, pp. 47-53, Junho de 1999; VASCONCELOS, Pedro Bacelar de. Justiça e Cidadania: para uma justiça mais democrática. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, nº 54, pp. 55-57, Junho de 1999; WENGOROVIVUS, Vitor. Comentário ao Artigo Introdução à Sociologia da Administração da Justiça de Boaventura de Sousa Santos. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, nº 21, pp. 42-44, Novembro 1986; AFONSO, Orlando Viegas Martins. *Poder Judicial: Independência In Dependência*. Coimbra: Almedina, 2004; FARIA, Paula Lobato de, e BRANCO, Pedro Afonso. *A Eficácia da Justiça em Portugal na Defesa do Consumidor. Análise do Quadro Jurídico Português na Perspectiva do Consumidor*. Lisboa: Serviços Gráficos da Secretaria Geral do Ministério do Planeamento e da Administração do Território, 1989; SANTOS, Boaventura de Sousa, MARQUES, Maria Manuel Leitão, PEDROSO, João e, FERREIRA, Pedro Lopes. *Os Tribunais na Sociedade Portuguesa: Enquadramento Teórico e Metodológico*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Vol. I, 1995; CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em Busca da Judicialização da Política no Brasil: Apontamentos para uma Nova Abordagem. In: *Revista de Sociologia e Política*. Curitiba: Editora não mencionada, nº. 23, pp. 115-126, Nov. 2004; FIX-ZAMUDIO, Hector. La jurisdicción como función esencial de estado moderno. Las garantías judiciales. In: *Latinoamérica: constitución, proceso y derechos humanos*. México: Miguel Angel Porrúa, pp. 203-219, 1988; ORDÓÑEZ, Jaime. Administración de justicia, gobernabilidad y derechos humanos en América Latina. In: BURELLI, Alfrío Abreu, et al. *Estudios básicos de derechos humanos*. São José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 343-353, 1996; DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A prestação jurisdicional e a efetividade dos direitos declarados. In: *Revista da EMERJ*, v. 1, n. 1, 1998; AMARAL, Leopoldino Marques de. A justiça do terceiro milênio. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 16, nº 62, p. 228-242, Abr./Jun. 1991; CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis*. Tradução de Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989; FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito – os juízes em face dos novos movimentos sociais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Judiciário e conflitos sociais (na perspectiva da pós-modernidade). In: *Revista de la Universidad de Medellín*. Tradução Aurelio Fuentes. Medellín: Universidad de Medellín, p. 307-310, Mar./May, 1995; KARAN, Maria Lúcia. Papel social, jurídico e político da magistratura. In: *Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Ed. Instituto de Estudos Jurídicos, n. 2, p. 1-16, 1996; MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. Trad. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes de Albuquerque. In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, n. 11. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2000, p. 125-56; MELO, Eneida. O papel do juiz na sociedade globalizada. In: *Jornal da ANAMATRA*. Recife: ANAMATRA, p. 30-39, Maio, 1999; DENTI, Vittorio. (i) *La giustizia civile*. Bolonha: Mulino, 1989; (ii) *Um progetto per la Giustizia Civile*. Bolonha: Mulino, 1982; LOPES, José Reinaldo de Lima: Direito, justiça e utopia. In: FARIA, José Eduardo (Org.) *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: UnB, p. 67-78, 1988; LÓPEZ, Armando Bravo. La problemática de la justicia. In: *Revista de la Universidad de San Carlos*. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala, n. 34, p. 7-24, Jul/Set., 1995; PAUPÉRIO, A. Machado. A objetivação da justiça. In: *Revista de Ciência Política*. Rio de Janeiro: UFRJ - Instituto de Direito Público e Ciências Políticas, v. 27, nº 2, p. 44-49, Maio/Ago., 1994; REALE, Miguel. O judiciário a serviço da sociedade. In: *Revista AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, ano XXI, n. 62, p. 190-198, 1994; e, SANTOS, Boaventura de Souza. O discurso e o poder. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito. Número Especial, p. 238-249, 1979.

de tentarem convencer o interlocutor da veracidade e da correção dos seus argumentos²⁴⁷.

Nesse processo, a qualificação do direito de acesso à justiça como espécie normativa que integra o catálogo de direitos fundamentais, não impede que lhe seja atribuído teor descritivo desvinculado de um fim imediato, passível de ser manejado como parâmetro de aplicação posicionado num ‘metaplano’ informado pelos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da eficiência e da segurança jurídica.

50. Qualificado como princípio, a sua vagueza conceitual expõe o intérprete/aplicador ao desafio de procurar por formas seguras de aplicação e de atribuição de significados ou de ‘conteúdos de sentido’ ao seu teor, a fim de conferir-lhe juridicidade de acordo com um rito previamente estabelecido²⁴⁸.

A decisão proferida pode ser fundada em argumentos retóricos baseados na razoabilidade e plausibilidade, de modo a satisfazer as exigências pontuais de cada auditório, ou ser baseada em argumentos centrados na noção de autoridade e de hierarquia entre valores que permitam generalizações, equivalências, ilustrações e formações de modelos, cujas divergências possam ser superadas mediante a conciliação dos valores de equidade e segurança jurídica densificados nas normas e na jurisprudência, e acatados pela opinião pública esclarecida²⁴⁹ segundo critérios de razoabilidade, racionalidade e efetividade²⁵⁰.

²⁴⁷ Cf.: HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Trad. M. Jiménez. Madri: Taurus, 1987.

²⁴⁸ Quando o processo de interpretação/aplicação é realizado no âmbito da atividade jurisdicional desenvolvida nos sistemas que adotam a *common law*, a decisão deve revelar-se o mais aberta possível a fim de incorporar novos posicionamentos inferidos da comparação dos casos judicializados. Cf.: VIEHWEG, Theodor. (i) *Tópica y jurisprudencia*. Trad. de L. Díez Picazo Ponce de León. Madrid: Taurus, 1986; (ii) *Tópica y Filosofía del Derecho*. Trad. Jorge M. Sena. Barcelona: Gedisa, 1997; e, PUY, Francisco. Teoria, Tópica, Retórica e Dialética dos Direitos. In: *Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, pp. 192-214, 2003.

²⁴⁹ A utilização dessa técnica é de difícil efetivação nos cenários onde o positivismo jurídico extirpa do Direito toda referência à justiça, rotula as normas como expressão arbitrária da vontade do soberano concretizada mediante coação, e desqualifica a competência dos órgãos jurisdicionais para manejarem princípios gerais e tópicos jurídicos como mecanismos hábeis para suprirem as lacunas e integrarem as regras produzidas pelo legislador. Cf.: PERELMAN, Chäim. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Trad. L. Díez Picazo. Madri: Civitas, 1979. Nesse contexto, pode aperfeiçoar-se atrelado à harmonização da razão prática e a uma concepção que considere aspectos formais e materiais, posicionada de modo equidistante, entre o radicalismo de Dworkin, para quem existe uma resposta correta para cada situação, e o irracionalismo de Ross, que visualiza as decisões jurídicas como construções muito mais próximas do arbítrio por consubstanciarem produto da vontade do intérprete/aplicador. Cf.: MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978.

²⁵⁰ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

O intérprete/aplicador pode também levar em consideração as regras semânticas que disciplinam o uso das orações, as normas pragmáticas que regulam a comunicação e a sua correção, e o julgamento individual de quem a emitiu²⁵¹, de modo a que a sua decisão se materialize como resultado, não de um consenso cognoscitivo que leve em conta apenas as regras do diálogo, mas de um consenso fático ou volitivo que atenda aos interesses de cada um²⁵².

²⁵¹ TUGENDHAT, Ernst. (i) Tres lecciones sobre problemas de la ética. In: *Problemas de la ética*. Trad. J. Vigil. Barcelona: Crítica, 1988; (ii) A controvérsia sobre os direitos humanos. Trad. João Maurício Leitão Adeodato. In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*. Recife: Editora da UFPE, nº 10, pp. 79-92, 2000.

²⁵² O recurso a critérios meramente formais, baseados na veracidade das premissas e das conclusões, tende a não levar em consideração o caráter ambíguo do seu enunciado e a desconsiderar o fato de que em Direito “os argumentos que se articulam partem muitas vezes de, e chegam a, normas: isto é, empregam um tipo de enunciado em relação aos quais não parece que tenha sentido falar de verdade ou falsidade” (ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003, p. 29).

3. Acesso ao Direito e à Justiça – Problema teórico no âmbito da administração da Justiça.

1. Enquanto fenómeno jurídico vinculado aos processos de concretização normativa, o acesso ao direito e à justiça materializa-se como evento real que informa os processos de interpretação/aplicação do direito²⁵³ e é condicionado pelas interferências valorativas recíprocas entre o mundo dos fatos juridicamente relevantes, a estrutura das normas e do ordenamento que as congrega e os respectivos espaços onde se opera a construção e efetivação do seu conteúdo.

O discurso jurídico que lhe confere sustentabilidade é delimitado pelos questionamentos resultantes das tensões entre os órgãos de poder e as normas legalmente positivadas ou reveladas na jurisprudência, e da sagração da lei e dos

²⁵³ Desde o século XIX várias perspectivas disputam proeminência no discurso centrado no conceito de Direito e na idealização de fórmulas para efetivá-lo e articulá-lo no plano da concretização da justiça. Entre os que primeiro o trataram como sistema de normas, alguns o qualificaram como ordenamento aberto submisso às variantes sociais e à incorporação dos valores e padrões de conduta construídos e assimilados na sociedade, outros o conceberam como realidade autónoma que, ao invés de apenas absorver os influxos sociais, atua como agente de mudanças no plano material, cultural e intelectual das sociedades. Influenciados por estas perspectivas, e reverenciando uma concepção normativista do direito, Durkheim e Marx defenderam versões que posicionaram o Direito ora como espaço privilegiado de reprodução dos padrões ideais de solidariedade social e mecanismo de promoção do bem comum pela resolução harmoniosa dos litígios, ora como instrumento da aparelhagem ideológica do Estado e expressão dos interesses políticos e económicos da classe dominante, transformados, pela via normativa, em produto do interesse coletivo. No início do século XX, Ehrlich e Roscoe Pound defenderam que o direito posto oficialmente pelo Estado não se confunde com o direito vivo, constituído pelas normas não positivadas resultantes das interações sociais, que regulam prevenindo e solvendo, a maioria dos conflitos instaurados à margem das estruturas estatais e das normas concretas produzidas pela atuação jurisdicional. A discussão centrada na normatividade das decisões judiciais enfatizou os aspectos processuais, institucionais e organizacionais do Direito. Weber identificou como inconfundíveis o direito das sociedades capitalistas e o sistema de normas das sociedades que as antecederam e daquelas que não se vincularam à ideologia do capital. Para ele, na ordem jurídica capitalista, o Direito é revelado como criação do Estado detentor do monopólio para criar leis, que atua de acordo com critérios formais de racionalidade por intermédio de um conjunto de normas gerais e abstratas que incidem e são concretizadas mediante processos lógicos passíveis de controle, desenvolvidos por órgãos legalmente investidos na função de prestar a tutela jurisdicional. Nesse período, conferiu-se destaque às incongruências entre o direito formalmente vigente e o socialmente eficaz, e aos problemas decorrentes das relações entre o direito e o crescimento social e económico e o seu papel como agente de transformação. A partir da segunda metade do século passado, a entronização dos Tribunais como espaços de efetivação dos direitos impulsionou o discurso sobre a operacionalidade da estrutura organizacional dos órgãos jurisdicionais como instâncias de decisão e de exercício do poder político, e a eficiência dos mecanismos de resolução dos litígios disponibilizados para os titulares de interesses em conflito, a partir do equacionamento das “relações entre o processo civil e a justiça social, entre a igualdade jurídico-formal e a desigualdade sócio-económica”, e da chancela constitucional do direito ao acesso efetivo à justiça como um ‘direito charneira’, cuja denegação acarreta a de todos os demais. (Enfatizando este último aspecto: SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 21, pp. 1-37, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, novembro de 1986, p. 18).

precedentes como instrumentos normativos passíveis de serem modificados por decisões fundamentadas, e é influenciado pelos debates que tratam dos problemas da administração da justiça, da quebra da ideia de imparcialidade dos órgãos concebidos para distribuir a justiça pela aplicação das normas, da pluralidade das instâncias de composição dos conflitos e dos desafios postos pelo processo de democratização da justiça.

2. Para além de integrar o embate teórico sobre os meios arquitetados pelos sistemas jurídicos para levarem a termo a função de compor os conflitos, tutelar e conferir efetividade às normas e decisões, a problemática do acesso ao direito e à justiça informa o debate prático acerca de como os órgãos oficiais monopolizam os processos de produção e aplicação normativa, contém os grupos que vivem à margem do direito oficial e dificultam a solução dos conflitos por intermédio de mecanismos incorporados a uma realidade jurídica paralela ou paraestatal²⁵⁴.

A concretização do seu conteúdo normativo, no ocidente, tem a ver com a diferenciação dos sistemas jurídicos como estruturas dogmáticas normativamente organizadas, com a eficiência dos procedimentos decisórios idealizados para composição dos conflitos, e com o controle dos mecanismos de resolução dos litígios concebidos à margem do sistema oficial²⁵⁵, e resulta de um processo moldado pelas

²⁵⁴ Para análise mais detida sobre o assunto, conferir: CUNHA, Paulo Ferreira da. *Miragens do Direito: O Direito, as instituições e o Politicamente correto*. Campinas: Milenium, 2003; MAIA, Alexandre. A Determinação apriorística do conhecimento do Direito: Breves Reflexões. In: BRANDÃO, Cláudio e ADEODATO, João Maurício (Orgs.). *Direito ao Extremo – Coletânea de Estudos*. Rio de Janeiro: Forense, pp. 19-30, 2005; STANFORD, Artur. Da Mitologia Dogmática da Modernidade à Prática Forense das Decisões Judiciais. In: BRANDÃO, Cláudio e ADEODATO, João Maurício Leitão (Orgs.). *Direito ao Extremo – Coletânea de Estudos*. Rio de Janeiro: Forense, pp. 77-92, 2005; ADEODATO, João Maurício. A Pretensão da Universalização do Direito Como Ambiente Ético Comum. In: BRANDÃO, Cláudio e ADEODATO, João Maurício (Orgs.). *Direito ao Extremo – Coletânea de Estudos*. Rio de Janeiro: Forense, pp. 167-176, 2005; DUARTE, José Florentino. *O Direito como Fato Social*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1982; e, STRECK. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

²⁵⁵ No sistema brasileiro o manejo das fórmulas alternativas é realizado por diversos caminhos, um dos mais comuns é o contorno interpretativo pela via da exceção, mediante a da aplicação de uma norma geral como meio de justificar os resultados efetivamente pretendidos. Dentre outras vias destacam-se, ainda, a atribuição de pesos diferenciados às normas de acordo com a posição dos litigantes; o tráfico de influências e a manipulação das normas segundo interesses casuísticos; a corrupção, o clientelismo, os expedientes procrastinatórios e os procedimentos marginais; o descomprometimento com a efetivação de determinadas normas, quer em virtude da sua inviabilidade econômica ou política, ou da incapacidade de impô-las por ausência de coercitividade, e a superação da irretroatividade normativa com base na tese de direito adquirido, de ato jurídico perfeito e de coisa julgada.

contingências e transformações dos meios sociais de legitimação do exercício do poder jurisdicional.

Esse processo sofre os efeitos da instrumentalização do direito como via mutável e instável de tutela, e dos questionamentos sobre a justificação da legitimidade das normas jurídicas como parâmetros de organização social, sobretudo, quando aos seus destinatários não seja eficazmente assegurado o conhecimento e a compreensão dos direitos e obrigações nelas positivados, e o acesso às estruturas de tomada de decisões e de elaboração e aplicação dos seus conteúdos²⁵⁶.

3. Nos sistemas jurídicos ocidentais somente é possível falar em acessibilidade à justiça quando o órgão de poder responsável pela sua concretização demonstre possuir condições tangíveis para impor a estrutura normativa e as técnicas de composição de litígios regularmente instituídas, e capacidade para obedecer as regras, princípios e procedimentos planeados com o objetivo de propiciar decisões mais racionais, justas, adequadas, corretas e desejáveis, jurídica, moral e politicamente, e aptas para neutralizarem os conflitos ainda que as expectativas individuais sejam frustradas²⁵⁷.

²⁵⁶ A sofisticação do fenômeno da positivação do direito com base na supremacia das fontes oficiais e no monopólio estatal para emitir decisões normativas não tem servido para sustentar, plenamente, a legitimação do exercício do poder de controlar as condutas dos cidadãos e as mutações sociais, especialmente, porque a maioria dos destinatários das decisões normativas e dos procedimentos decisórios juridicamente organizados é excluída ou mantida à margem do âmbito da eficácia das garantias densificadas nos conteúdos normativos. Atualmente, nem a tradição, nem o carisma do legislador, ou mesmo a pretensa racionalidade das normas servem para justificar, nas sociedades extremamente diferenciadas e repletas de complexas interações dos nossos dias, o exercício do poder de maneira indiferente à participação dos indivíduos e à necessidade de abertura de todas as vias de acesso à aparelhagem estatal de garantia dos direitos. Os obstáculos físicos ao acesso ao direito e à justiça não induzem à presunção de que os excluídos dos sistemas oficiais de composição de conflitos desconhecem a existência dos seus direitos, nem impedem a mobilização em defesa da efetividade das prerrogativas sonegadas. Sobre a historicidade da equação centro-periferia e do fenômeno da exclusão social e jurídica, conferir: MIRANDA, Jorge. Exclusão Política. In: *Actas dos VI Cursos Internacionais de Verão Cascais*. Cascais: Câmara Municipal de Cascais, vol. 3, pp. 59-70, 2000; e, SHILS, Edward. *Centro e Periferia*. Tradução de José Hartung de Freitas. Lisboa: DIFEL, 2000

²⁵⁷ No cotejo da aptidão dos órgãos oficiais para promoverem o acesso ao direito e à justiça não se deve confundir impotência estrutural com omissão institucional. A impotência diz respeito à incapacidade de autodeterminação e de imposição de condutas e decisões, ao passo que a inatividade sugere a alienação voluntária e a ‘conscientização’ subliminar de que a vedação do acesso a mecanismos decisórios justos e eficientes e a indiferença das instituições constituem resultado natural das opções políticas e jurídicas da sociedade. Quanto maior a insatisfação com as vias oficiais de composição dos litígios, mais extenso será o espaço para utilização dos procedimentos marginais de contenção da conflituosidade, menor será a legitimação do sistema normativo posto e mais intensa será a atuação de grupos inoficiosos que, à margem e independentemente do Estado, manipulam fórmulas não legais, *praeter* ou *contra legem*, de composição das contendas, nas quais a violência privada, legitimada pela aceitação social, é comumente reatualizada como mecanismo de solução dos conflitos.

O acesso ao direito e à justiça é condicionado pelas contingências do exercício do poder, especialmente, aquelas resultantes da ineficiência do aparato jurídico e argumentativo utilizado para justificar os processos decisórios²⁵⁸. É a concretização do enunciado que o normatiza e das regras que disciplinam os instrumentos disponibilizados para sua efetivação, que confere validade, coerência interna e sustentabilidade aos sistemas jurídicos enquanto fontes legítimas de direito, e funcionalidade aos conjuntos de normas que servem de fundamento para os processos jurídicos de tomada de decisões.

A efetividade das normas que positivam o direito de acesso à justiça depende não só da aptidão dos seus enunciados para validarem os processos decisórios, mas, principalmente, da adequação dos resultados e obrigações deles decorrentes às aspirações e expectativas dos seus destinatários²⁵⁹.

4. A viabilização do acesso a qualquer sistema jurídico institucionalizado pressupõe a garantia da delimitação dos papéis e das condutas a serem desempenhadas pelos envolvidos na relação jurídico-processual, o bloqueio à disseminação de procedimentos marginais que subtraíam do órgão de poder instituído para prestar a tutela oficial a capacidade de atuar como última instância decisória, neutralizadora do dissenso e controladora das expectativas, e, em especial, a abertura do processo à participação dos envolvidos na lide e de todos os possíveis afetados pela decisão.

As condições de acessibilidade variam e são determinadas pelo grau de desenvolvimento social ou institucional e pelo nível de efetividade do princípio da igualdade²⁶⁰. Nas sociedades ou organismos comunitários desenvolvidos, as discrepâncias intra-sistêmicas ocorrem com maior facilidade, não em virtude da inexistência, mas das variações de tratamento diferidos aos seus membros.

²⁵⁸ Nos Estados onde o acesso ao direito e à justiça é deficitário, é comum a manipulação do discurso jurídico-político para desqualificar a crítica às desigualdades e conferir racionalidade à argumentação utilizada para explicar o recurso à neutralização procedimental, à diferenciação funcional e ao bloqueio participativo como formas legítimas de contenção do dissenso, com a finalidade de justificar a existência, ao lado da ordem normativa oficial, de um sistema jurídico paralelo não oficializado, dotado de princípios próprios que retardam o processo jurídico institucionalizado ou o tornam inefetivo.

²⁵⁹ A concordância ou adequação, na visão Luhmaniana, decorre de interações intra-sistêmicas estruturadas em relações comunicativas cuja integridade depende da consolidação de procedimentos capazes de delimitar as condutas de cada indivíduo sem, contudo, imunizá-lo por completo do sistema.

²⁶⁰ O conceito de acesso ao direito e à justiça é frequentemente enleado à ideia de equidade e de justiça como valores universais que o estabilizam enquanto norma positivada.

Por outro lado, nas organizações ou comunidades indiferenciadas o que importa são os meios de superação dos problemas alusivos à inclusão e exclusão, ou seja, o que interessa são as vias de diminuição do distanciamento entre os seus integrantes e de aumento da participação dos mesmos nos processos decisórios, de modo a permitir a estabilização da ordem jurídica e processual como estrutura normativa apta para obstar a formação de subsistemas e procedimentos não oficiais de composição dos conflitos.

5. Também afetam a efetividade do acesso à justiça os problemas resultantes da sua identificação conceitual como categoria normativa. Enquanto norma que incorpora enunciado naturalmente ambíguo é passível de ser interpretado como regra, princípio ou proposição jurídica e de exprimir-se como disposição condicional aberta, hipotética e não categórica dotada de vários sentidos.

A decisão que possibilita a sua positivação, em qualquer sistema jurídico institucionalizado, pode ser fundada tanto em elementos naturais ou metafísicos insuscetíveis de serem expostos à experimentação empírica, como em aspectos positivos e objetivos perceptíveis sem necessidade de recurso a qualquer outra espécie normativa. A sua eficácia, contudo, não se subordina a essas variáveis, mas, às circunstâncias fáticas e jurídicas dominantes no momento em que é interpretado e aplicado.

6. Revelado como categoria normativa, o direito de acesso à justiça exige uma base positiva capaz de viabilizar o cotejo empírico dos seus resultados, a identificação do seu fundamento de validade, da sua estrutura lógica e dos seus pressupostos fáticos. Enquanto fenómeno jurídico posicionado no âmbito do direito posto estabiliza-se como ato de soberania, cuja efetividade submete-se aos mesmos mecanismos de contenção do excesso de disponibilidade do conteúdo ético, imposto às demais normas²⁶¹.

A validade e eficácia do teor que lhe for atribuído dependem da regularidade e da eficiência do procedimento no qual foi forjado e da adequação do seu texto com o conteúdo das normas hierarquicamente superiores que servem de fundamento para as demais normas do sistema jurídico.

O direito cujo acesso é referido como garantia será aquele relativamente ao qual os pontos de partida sejam inegáveis, a aceitabilidade jurídica dos argumentos fundados

²⁶¹ O enunciado também se submete ao ambiente e ao contexto da comunicação, é afetado por problemas referentes ao alcance do seu conteúdo (vagueza), ao significado dos termos linguísticos que o exprimem (ambiguidade), às modificações decorrentes do uso frequente das expressões (porosidade) e às diferentes perspectivas emocionais que os interpretes cultivem sobre o mundo e o direito.

no seu teor seja irrenunciável, e a sua incidência só possa ser afastada em razão da sobressalência de outra norma dotada de maior relevância.

3.1. Acesso e concretização jurisdicional da Justiça.

7. Nos regimes democráticos do ocidente a finalidade última do Estado é a realização da justiça a partir da promoção do bem comum e do respeito à liberdade, à segurança, à ordem e à solidariedade. O tema justiça relaciona-se com as expressões valorativas das formas de exercício do poder, como atributo da política informa e disciplina a atuação do legislador e do administrador, quando vinculada a uma concepção jurídica, concretiza-se como reflexo da justa aplicação da lei desenvolvida por intermédio da atividade jurisdicional²⁶².

A definição de justiça é tributária das projeções axiológicas impregnadas nas normas jurídicas formatadas pelo poder majoritário. De critério de validade, é alçada a atributo do Direito de modo a qualificar como única discussão relevante aquela dirigida à identificação das diversas formas ou momentos de descoberta da ‘justiça do direito’²⁶³.

²⁶² Segundo Orlando Viegas Martins AFONSO, o termo “justiça pode designar ao mesmo tempo: uma forma de funcionamento do aparelho judiciário; um conjunto de jurisdições; uma administração que detém o poder de organizar as jurisdições; uma espécie de fé entre a terra e o céu; uma qualidade; uma transcendência moral; uma sabedoria sagrada; uma virtude” (*Poder Judicial: Independência In Dependência*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 193). Ainda sobre o assunto: BURDESE, Alberto. Sul concetto di giustizia nell diritto romano. In: *Annali di Storia del Diritto*. Milano, v. 14-17, pp. 103-119, 1970-1973; CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*. Trad. Héctor Fix Fierro. México: Porrúa, 1993; FARIA, José Eduardo. *Justiça e Conflito (Os Juízes em face dos novos movimentos sociais)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991; DINAMARCO, Cândido Rangel. (i) Escopos políticos do processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, WATANABE, Kazuo (coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988; (ii) Ordem Legal X Mudança social: a crise do Judiciário e a formação do magistrado. In: FARIA, José Eduardo (Org.) *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989; HITTERS, Juan Carlos. Un nuevo encuadere de la justicia desde la perspectiva del litigante. In: MORELLO, Augusto M., BERIZONCE, Roberto, O., HITTERS, Juan C.; NOGUEIRA, Carlos A. *La justicia entre dos épocas*. La Plata: Libreria Editora Platense, 1983; LOPES, José Reinaldo de Lima. A função política do Judiciário. In: FARIA, José Eduardo (Org.) *Direito e justiça – A função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989; ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: EUDEBA, 1994; RUIVO, Fernando. Aparelho judicial, Estado e legitimação. In: FARIA, José Eduardo (Org.) *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989; TOBENAS, José Castan. *La idea de justicia. Su trayectoria doctrinal y la problemática de sus contenidos*. Madrid: Reus, 1968.

²⁶³ Antonio Braz TEIXEIRA adverte: “se a justiça é o valor, o princípio ou ideal que dá sentido axiológico ao Direito, se é ela a sua razão de ser e de valer ou a sua razão suficiente, é o Direito que deve ser aferido pela Justiça, que deve ser julgado em função da sua conformidade com ela, i. e., será Direito enquanto for justo ou se conformar com a Justiça, não podendo, em consequência, esta consistir na conformidade com o Direito ou com a Lei” (Reflexão sobre a Justiça. In: *Liberdade, Participação, Comunidade: Anais do II Congresso Brasileiro de Filosofia Jurídica e Social*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, pp. 108-113, 1986, p. 109). Ao tratar das diversas concepções de justiça, classifica os juristas que a teorizam em emotivistas, formalistas, teleológicos e deontológicos (A ideia de justiça no

No processo de elaboração dos textos normativos a atenção é direcionada para formação de enunciados que consagrem a ideia de justiça chancelada pela maioria. No ritual de interpretação e aplicação das normas, o operador ocupa-se em atribuir-lhes sentidos que se aproximem ao máximo da concepção de justiça incorporada na espécie normativa a fim de que o resultado concreto, além de adequado ao sentido de justiça convencionado e transmitido para a norma de incidência, seja capaz de produzir efeitos satisfatórios.

No contexto jurídico, a realização concreta da justiça pressupõe a viabilização do pleno acesso de todos os pretensos titulares de direitos, sejam eles indivíduos ou coletividades, a instrumentos eficientes e adequados à garantia dos seus interesses e aos órgãos incumbidos de prestar a tutela jurisdicional²⁶⁴.

pensamento contemporâneo. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*. Coimbra: Almedina, vol. I, pp. 37 – 63). Benedito HESPANHA identifica o problema da Justiça como questão que transita entre o público e o privado, e tem a ver com a especificação da estrutura ética, política e técnica do direito do Estado e com a historicidade de uma justiça constitucional efetiva. (Justiça Comunitária, Política e Constituição. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 9, nº 35, pp. 62-81, Abril-Junho 2001). Sobre idêntica temática, conferir: ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Tradução Genaro R. Carrió. Buenos Aires: s.ed., 1963; RAWLS, John. (i) *Uma Teoria de Justiça*. Trad. Carlos Pinto Correia. Lisboa: Presença. 1993. (ii) *Justicia como Equidad. Materiales para una Teoria de La Justicia*. Trad. Miguel Angel Rodilla, Madrid: Editorial Tecnos, 1986; MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da Justiça: alguns mitos. In: *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros – Cidadania e Justiça*. Rio de Janeiro: Publicação da Diretoria de Comunicação Social da AMB, ano 4, nº 8, pp. 6-15, 1º Semestre/2000; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Poder e Justiça. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Estudos em Homenagem a Nelson Saldanha: Direito e Poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Barueri: Manole, pp. 168-182, 2005; MACEDO, Ubiratan Borges de. Mudança de paradigma na teoria da justiça. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Estudos em Homenagem a Nelson Saldanha: Direito e Poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Barueri: Manole, pp. 183-187, 2005; MARQUES, Maria Manuel Leitão. Justiça e Cidadania: para uma justiça mais democrática. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, nº 54, pp. 63-65, Junho de 1999; MOTA, Francisco Teixeira de. Justiça e Cidadania: para uma justiça mais democrática. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, nº 54, pp. 59-61, Junho de 1999; PUREZA, José Manuel. Justiça e Cidadania: para uma justiça mais democrática. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, nº 54, pp. 47-53, Junho de 1999; Kelsen, Hans. *A Justiça e o direito natural*. Coimbra: Arménio Amado. Apêndice da 2º ed. (1960) da Teoria pura do Direito. Publicado separadamente com tradução de João Baptista Machado, 1979; FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Justiça: promessa e realidade*. Organização AMB. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 272-273, 1996; CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva. Elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000; LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito, justiça e utopia. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: Ed. UnB, p. 67-78, 1988; LÓPEZ, Armando Bravo. La problemática de la justicia. In: *Revista de la Universidad de San Carlos*. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala, n. 34, p. 7-24, Jul/Set., 1995; e, PAUPÉRIO, A. Machado. A objetivação da justiça. In: *Revista de Ciência Política*. Rio de Janeiro: UFRJ - Instituto de Direito Público e Ciências Políticas, v. 27, nº 2, p. 44-49, Maio/Ago., 1994.

²⁶⁴ Para aprofundamento sobre a problemática da acessibilidade enquanto pressuposto da concretização da justiça: ARMELIN, Donaldo. Acesso à justiça. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São*

8. É na atividade desenvolvida pela administração pública em sentido estrito, e pelos tribunais enquanto “garantes institucionais da justiça, das normas constitucionais, dos actos legislativos, dos actos da administração e de todos os actos jurídicos privados”²⁶⁵, que delibera-se definitivamente, *in concreto*, sobre a justiça das normas.

A justiça do direito depende, portanto, não só das proclamações permeadas no ordenamento, no sentido de garantir a sua efetivação, mas, sobretudo, da concretização que a atividade jurisdicional lhe confere.

Falar em acesso ao direito e à justiça significa, em última análise, falar em acesso a um sistema de normas qualificadas pela adequação à concepção de justiça dominante, e aos mecanismos instituídos para efetivar essas normas em conformidade com a ideia de justiça que as orientou, inclusive pela via da tutela jurisdicional.

9. No Estado social e democrático de direito consagrado no ocidente, o judiciário serve para consolidar a capacidade estatal de decidir imperativamente, concretizar as liberdades e assegurar a participação dos cidadãos nos processos

Paulo. São Paulo: Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, v. 31, 1982; AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça Distributiva e Aplicação do Direito*. Porte Alegre: Fabris, 1983; BACHOF, Oto. *Jueces y Constitución*. Trad. Rodrigo Bercovitz Rodriguez Cano. Madrid: Civitas, 1959; BERGALLI, Roberto. *Estado democrático e cuestión judicial*. Buenos Aires: Desalma, 1984; CAPPELLETTI, Mauro. (i) Acceso alla giustizia come programma di riforma e como método do pensiero. In: *Estrato da Studi In onore do Tito Carnicini*. Milão: Giuffrè, v. 2, t. 1. 1984; (ii) *Accesso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologica*. Roma: Foro Italiano, 1979; DAVID, René. Préface. In: CAPPELLETTI, Mauro (Org.). *Accès a la justice et Etat-providence*. Paris: Economica, 1984; GRINOVER, Ada Pellegrini. (i) *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973; (ii) *Acesso à justiça e garantias constitucionais no processo do consumidor*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993; HOYOS, Arturo. La garantía constitucional del debido proceso legal. In: *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 47, pp. 43-91, jul./set., 1987; MORAES, Humberto Pena. Assistência Judiciária Pública e os mecanismos de acesso à justiça no Estado Democrático. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994; RODRIGUES, Walter Piva. Asistencia judicial, una garantía insuficiente. El conocimiento de los derechos como presupuesto de la participación. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988; WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; e WATANABE, Kazuo (Coords.) *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 128-135, 1988; WOOLF, Lord. *Access to justice*. Sítio da internet: <http://lrc.law.warwick.ac.uk/wolf/contentes.html>. Acesso em maio de 1996.

²⁶⁵ Paulo OTERO conclui: “não são os tribunais que fazem a justiça, enquanto valor, antes se encontram eles próprios subordinados a uma ordem axiológica suprapositiva que os transcende, a verdade é que são os tribunais que têm a função última de definir aos homens do presente a justiça das respectivas situações jurídicas” (A Crise na Concretização jurisdicional da justiça. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar e BARBAS-HOMEM, Antonio Pedro (Orgs.). *O Debate da Justiça*. Lisboa: Vislis, pp. 157-172, 2001, p. 160-161).

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

decisórios desencadeados para a consecução dos objetivos políticos que informam o ordenamento jurídico.

O nível de acessibilidade ao direito e à justiça é equacionado a partir da relação entre as situações conflituosas passíveis de serem judicializadas e a demanda efetivamente formalizada, admitida e atendida pelos órgãos responsáveis pela composição dos litígios.

É no espaço compreendido entre a realidade fática conflituosa e a eficiente tutela estatal dos direitos, que incidem as diversas variáveis que influenciam na judicialização dos conflitos, definem a instauração dos litígios no plano pré-estatal/judicial, e as circunstâncias que limitam, condicionam ou determinam o tipo de tutela concretamente pleiteada e deferida.

10. Os óbices à acessibilidade são visualizados desde o momento em que se materializam as condicionantes objetivas e subjetivas que desencadeiam o conflito, onde preponderam os problemas que afetam o acesso ao conhecimento e à informação sobre os direitos e às fórmulas e mecanismos concebidos pelo sistema para efetivá-los, e se destacam os fatores culturais que definem as concepções locais acerca do que caracteriza ameaça ou violação a direitos, e quais as circunstâncias que produzem um sentimento de injustiça capaz de ultrapassar o limite de tolerância²⁶⁶.

A identificação desses obstáculos é condicionada pelo nível de desenvolvimento social, cultural, político, jurídico e econômico de cada sociedade, pelas condições pessoais dos interessados no conflito, como a idade, o sexo, a escolaridade, a etnia e a classe social, e pelos fatores interpessoais referentes aos tipos de interações consolidadas no contexto da relação potencialmente crítica.

Com base nesses aspectos é possível planejar a adoção de políticas judiciárias desobstrutivas, focadas, principalmente, na redução das desigualdades no âmbito da efetivação dos direitos.

Nos Estados onde acesso à justiça é muito deficiente, a inacessibilidade revela-se duplamente injusta para os grupos sociais mais vulneráveis, porque, além de evidenciar a deficiência na capacidade individual de perceber e avaliar as situações

²⁶⁶ CICHOCKI NETTO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 1994.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

passíveis de serem judicializadas, não permite que as percepções e avaliações efetivadas se transformem em busca efetiva de tutela judicial²⁶⁷.

Quanto menos desiguais forem as posições sociais dos contendores, maior será a possibilidade de inconformismos serem externados e a probabilidade das demandas judicializadas serem fundadas e adequadas às vias disponibilizadas para a contensão dos litígios.

11. A eleição do meio para demandar a tutela dos direitos e a composição dos conflitos é influenciada pelos fatores econômicos, sociais, culturais e pessoais vivenciados pelos litigantes. A via jurisdicional, por despontar como a mais formal, especializada e inacessível, comumente é suplantada, na origem dos conflitos, pelos meios informais geralmente mais acessíveis.

No âmbito cível, a provocação dos órgãos jurisdicionais pressupõe o conhecimento do direito com base no qual a prestação judicial é pleiteada, e a capacidade de quem aciona o aparato jurisdicional para determinar-se quanto aos seus direitos e identificar o instrumento apto para possibilitar a tutela pretendida.

As expectativas que os litigantes criam em torno das suas pretensões dependem, em muito, das orientações e da natureza do patrocínio que lhes tenha sido viabilizado, do nível de onerosidade do processo e de circunstâncias outras que não apresentam caráter econômico imediato, como a demora processual e a incerteza quanto ao resultado do litígio.

A decisão de judicializar um conflito é fruto das perspectivas do titular do direito de ação relativamente aos benefícios econômicos que decorrerão da lide, da sua capacidade para assumir riscos, da posição ocupada ou do comportamento adotado pela parte adversa antes e no curso do processo, e da sua predisposição para concordar com

²⁶⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa (Inv. Resp.), MARQUES, Maria Manuel Leitão, PEDROSO, João e FERREIRA, Pedro Lopes. *Os Tribunais na Sociedade Portuguesa: Enquadramento Teórico e Metodológico*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais – Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, vol. I, 1995, p. 1.42 e 1.43. Conferir, ainda: BIDART, Adolfo Gelsi. Processo y época de cambio. In: *Revista de Estudios Procesales*. Buenos Aires: CEJ, nº 19, pp. 01-45, mar. 1974; BIELSA, Rafael. *Transformación del Derecho en Justicia: ideas para una reforma pendiente*. Buenos Aires: La Ley, 1993; CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia*. Trad. Hector Fix-Zamudio. Buenos Aires: EJE, 1960.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

as propostas de composição amigável ou para buscar uma via alternativa, não judicial, de resolução da contenda²⁶⁸.

3.2. O direito de acesso à justiça como produto do processo de interpretação/aplicação realizado pelos órgãos jurisdicionais.

12. Mesmo quando positivado como norma fundamental, o direito de acesso à justiça é revelado como mero ponto de partida ou dado de entrada para o processo de interpretação/aplicação que o transforma em enunciado normativo, contextualizado por dados reais e linguísticos comuns, respaldados em uma determinada estrutura social ou institucional²⁶⁹.

Embora não opere com essa moldura como regra objetiva e diretamente aplicável, nem estabeleça, precisamente, fórmulas para soluções de conflitos concretos, impõe ao intérprete/aplicador que identifica e revela o seu significado, e com base nele decide, o respeito a um mínimo de compatibilidade com o formato que lhe foi atribuído pelo legislador.

Formatado a partir de elementos linguísticos primários identificados com base em dados reais, o enunciado que o positiva tem o seu teor normativo moldado por intermédio de uma decisão proferida a partir da matéria discutida em um caso concreto e dos padrões estabelecidos pelo “programa da norma”²⁷⁰.

13. A aplicabilidade do texto que o normatiza apenas é possível quando o seu conteúdo é transmutado em decisão numa dada situação concreta, de modo a

²⁶⁸ “A decisão entre realizar um acordo ou litigar dependerá da probabilidade de ganhar a ação, do valor do litígio, da disponibilidade e produtividade dos recursos passíveis de serem utilizados pelas partes, dos custos de chegar a um acordo extrajudicial, da atitude das partes perante o risco e da existência ou não de comportamento estratégico” (SANTOS, Boaventura de Sousa (Inv. Resp.), MARQUES, Maria Manuel Leitão, PEDROSO, João e FERREIRA, Pedro Lopes. *Os Tribunais na Sociedade Portuguesa: Enquadramento Teórico e Metodológico*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais – Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, vol. I, 1995, p. 2.7).

²⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. A Legitimidade da Atuação do Juiz a partir do Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Efetiva. CALDEIRA, Adriano e FREIRE, Rodrigo da Cunha (Orgs.). In: *A Terceira Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*. Salvador: Podivum, 2006.

²⁷⁰ João Maurício Leitão ADEODATO, ao tecer considerações sobre o pensamento Frederick Müller, pondera que “no contexto da concretização, todos os procedimentos e elementos anteriores, quais sejam os dados linguísticos, os dados reais, os textos da norma, o relato do caso, o conjunto de matérias, o âmbito da matéria, o âmbito do caso, o programa da norma e o âmbito da norma, constituem dados de entrada (*Eingangsdaten*) e não têm caráter normativo. A normatividade só aparece nos resultados da concretização, vale dizer, na norma jurídica (*Rechtsnorm*) como resultado intermediário, e na norma decisória (*Entscheidungsnorm*), o resultado final. A norma jurídica é exatamente o somatório do programa da norma e do âmbito da norma”. (In: *Ética e Retórica: Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 248).

possibilitar a descoberta de como se aperfeiçoou a conjugação entre o texto e a realidade, e o exame da aptidão da resposta dada pelo enunciado normativo para concretizar fielmente os fins que informam a ordem jurídica posta.

O seu conteúdo normativo é revelado no âmbito de um processo interpretativo racionalmente determinado e materializado em uma decisão vinculada aos textos normativos e precedentes que justificam as opções éticas casuisticamente adotadas, para as quais concorrem as inclinações pessoais do intérprete/aplicador.

Na maioria das sociedades ocidentais contemporâneas esse processo é desenvolvido como operação silogística na qual a premissa maior é representada pela norma encartada na lei ou na jurisprudência, a premissa menor é constituída pelo caso concreto, e a conclusão consolida-se na norma individual revelada pelo processo subsuntivo.

14. Estabilizado como fórmula dogmática de operar o direito nos sistemas ocidentais, esse modelo funda-se no postulado da proibição do *non liquet*, do qual resulta a obrigação do Estado de decidir, atribuindo às normas e precedentes alcance e sentido concreto, e de legitimar a decisão pela referência a um precedente ou texto normativo estabelecido *a priori* conforme regra autorreferente do próprio sistema²⁷¹.

A atividade jurisdicional é voltada para a identificação do direito que deve ter a sua efetividade desobstruída, ou seja, encampa a descoberta do direito que deve ser acessível e otimizado no plano real, se aquele hipotética e abstratamente positivado, ou o construído segundo a perspectiva de quem prescreve soluções no plano concreto.

No âmbito interno essa atividade é desenvolvida pelos tribunais ou órgãos competentes para exercerem a jurisdição²⁷². No espaço internacional e comunitário tal

²⁷¹ Para João Maurício Leitão ADEODATO a “convicção ou o preconceito de que todo direito concreto se baseia numa norma geral anterior”, em muitas circunstâncias, não determina a decisão nem mesmo estabelece a sua moldura, quando muito, serve de justificação posterior para a eleição de uma decisão respaldada em normas distintas das invocadas. Conquanto, teoricamente, o julgador deva adotar como ponto de partida o teor do precedente ou do enunciado normativo, recepcionando-o como norma (regra ou princípio) apta a incidir no caso concreto, enquanto intérprete/aplicador, pode seguir a via inversa no processo subsuntivo, ou seja, primeiro forma o seu convencimento com base em convicções particulares mais ou menos vagas, acerca da correção dos motivos, para depois encontrar premissas passíveis de fundamentá-las, de modo a evidenciar que a norma geral não está previamente posta, mas apenas o seu texto, cuja realização somente se aperfeiçoa quando materializado no plano concreto. (In: *Ética e Retórica: Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 341).

²⁷² O modelo de jurisdição constitucional adotado em Portugal, no Brasil e em algumas nações africanas, integra o que podemos denominar de padrão ocidental de controle de constitucionalidade ou adequabilidade das normas, composto por elementos consolidados nos paradigmas americano e europeu. Para um cotejo comparatista, examinar: PIÇARRA, Nuno. A evolução do sistema de garantia da

constituição em Cabo Verde. In: *Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 407-445, 2006; AGUILA, Yann. *Le Conseil Constitutionnel et la Philosophie du Droit*. Paris: LGDJ, 1993; GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *La Justicia Constitucional. Garantías, Proceso y Tribunal Constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1994; MARÍN, José Agel. *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Editorial Ariel, 1998; ARAGON, Manuel. Sobre las Nociones de Supremacía y Suprlegalidade Constitucional. In: *Revista de Estudios Políticos - Nueva época*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 50, marzo-abril, 1986; BAZÁN, Víctor (Coord.). *Inconstitucionalidad por Omisión*. Bogotá: Editorial Temis, 1997; CAMPOS, German J. Bidart. *La Interpretación y el Control Constitucionales en la Jurisdicción Constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1987; BOUZART, Gabriel. El Control Constitucional. Un estudio Comparativo. In: *Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991; CHIARELLI, Giuseppe. *La Costituzione Italiana*. Roma: Instituto Gráfico Tiberino, 1951; CORWIN, Edward S. *A Constituição Norte-americana e seu Significado Atual*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1986; EISENMANN, Charles. *La Justice Constitutionnelle et la Haute Court Constitutionnelle d'Autriche*. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1928; FAVOREU, Louis. (i) Europe Occidentale. In: FAVOREU, Luis e JOLOWICZ, John-Anthony. *Le Controle Juridictionnel des Lois. Légitimité, effectivité et développements récents*. Paris: Economica, 1986 ; (ii) *Les Cours Constitutionnelles*. Paris: PUF, 1992; (iii) *Los Tribunales Constitucionales*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994; (iv) As Cortes Constitucionais. São Paulo: Landy, Livraria Editora e Distribuidora Ltda., 2004; FAVOREU, Louis e PHILIP, Loïc. *Le Conseil Constitutionnel*. Paris: PUF, 1991; RODRIGUEZ, José Julio Fernández. *La Inconstitucionalidad por Omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El caso Español*. Madrid: Editorial Civitas, 1998; GENEVOIS, Bruno. *La Jurisprudence du Conseil Constitutionnel. Principes Directeurs*. Paris: Editions STH, 1988; GONÇALVES, Vitor Fernandes. *O Controle de Constitucionalidade das Leis do Distrito Federal*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999; DOMINGO, Nicolás González Deleito. *Tribunales Constitucionales - Organización y funcionamiento*. Madrid: Editorial Tecnos, 1980; SÁNCHEZ, Pedro José González-Trevijano. *El Tribunal Constitucional*. Navarra: Aranzadi Editorial, 2000; CANAS, Antonio Gordillo. *Ley, Principios Generales y Constitución: Apuntes para una relectura desde la Constitución de la Teoría de las Fuentes del Derecho*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Arecas S/A, 1970; VALLE, Rubén Hernández, e TREMPES, Pablo Pérez. *La Justicia Constitucional como elemento de Consolidación de la Democracia en Centroamérica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000; KELSEN, Hans. *La Giustizia Costituzionale*. Milano: Giuffrè Editore, 1981; FUKS, José Korzeniak. Sistemas de Control Constitucional en el Derecho Comparado. In: *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Montevideo: A Faculdade, año XXVIII, nº 1-2, Enero-Junio, 1987; QUINTANA, Segundo V. Linares. (i) *Las Nuevas Constituciones del Mundo - Exposición Sintética de las recientes Constituciones de España, Portugal, URSS y Yugoslavia*. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1979; (ii) *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1978; SERRA, A. Padilla. La Constitución Italiana de 1947. In: AGESTA, L. Sánchez. *Curso de Derecho Constitucional Comparado*. 5ª edición, Madrid: Editora Universidad de Madrid, 1974; MANCHEGO, José E. Palomino, et al. Syllabus de Derecho Procesal Constitucional. In: *Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional*. Lima: Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2003; PECES-BARBA, Gregorio. Los Valores Superiores. Madrid: Editorial Tecnos, Col. Claves de la Constitución Española, 1986; SAGÜES, Néstor Pedro. (i) *Derecho Procesal Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984; (ii) *Derecho Procesal Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 4 volumes, 1989; ROYO, Javier Perez. *Tribunal Constitucional y División de Poderes*. Madrid: Editorial Tecnos, 1988; PLINER, Adolfo. *Inconstitucionalidad de las Leyes*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1961; POULLAIN, Bernard. Remarques sur le modèle français de contrôle de constitutionnalité des lois. In : *Pouvoir - Revue Française d'Etudes Constitutionnelles et Politiques*. Paris: PUF, 1986; ROUSSEAU, Dominique. *La Justicia Constitucional en Europa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002; LLORENTE, Francisco Rubio. El Recurso de Amparo. In: LLORENTE, Francisco Rubio e CAMPO, Javier Jiménez. *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: Mc Graw Hill, 1998; SEGORBE, Beatriz, e TRABUCO, Cláudia. *O Conselho Constitucional Francês*. Coimbra: Quarteto, 2002; SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985; SPADOLINI G., et al. *La Costituzione Italiana Quarant'Anni Dopo*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1989; REINALDO, Jorge Vanossi A. *Recurso Extraordinario Federal. Control de Constitucionalidad*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984; HERAS, Jorge Xifra. La Constitución como Norma y como Ley. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 20, n.80,

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

tarefa incumbe às Cortes ou Órgãos supranacionais responsáveis pelo exame da adequação das condutas dos Estados e Organismos internacionais ou regionais às normas convencionais que consagrem o direito de acesso à justiça²⁷³.

3.3. O Direito de acesso à justiça revelado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Português.

15. O Tribunal Constitucional Português ao ser confrontado com o direito de acesso à tutela jurisdicional, positivado no artigo 20º, da Constituição da República

out./dez., 1983; e DOMINGUEZ, Francisco Caamaño (Supervisor). El Tribunal Constitucional de España (Organización y Competencias). I Conferência de Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha. Os Órgãos de Fiscalização da Constitucionalidade: Funções, Competências, Organização e Papel no Sistema Constitucional Perante os Demais Poderes do Estado. In: *Boletim de Documentação e Direito Comparado*. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, nº 71-72, pp. 505-537, 1997.

²⁷³ Para exame mais detido sobre o controle de adequabilidade no âmbito nacional e supranacional, conferir: LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984; CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1984; FROMONT, Michel. *La Justice Constitutionnelle dans le monde*. Paris: Daloz, 1999; MIRANDA, Jorge. A Justiça Constitucional - Uma visão panorâmica. In: *Comunicação apresentada ao 3º Encontro Nacional de Direito Nacional*. São Paulo, 23/24 de setembro de 1994; MELLO, Celso Duvidier de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Renovar, 2000; MENDES, Gilmar. A Justiça Constitucional nos Contextos Supranacionais. In: *Revista de Direito Público do Instituto Brasileiro de Direito Público*. São Paulo: IOB Síntese, n 8, Abr-Maio-Jun/2005, pp.55-91; FIORATI, Jete Jane. A evolução jurisprudencial dos sistemas regionais internacionais e proteção aos direitos humanos. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, n. 722, p. 13, 1999; FIX-ZAMUDIO, Héctor. La jurisdicción como función esencial de estado moderno. Las garantías judiciales. In: *Latinoamérica: constitución, proceso y derechos humanos*. México: Miguel Ángel Porrúa, pp. 203-219, 1988; GARCIA, José Antonio Tomé. *Protección procesal de los derechos humanos ante los tribunales ordinarios*. Madrid: Montecorvo, 1987; PIOVESAN, Flávia. *Derechos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996; RODRIGUÉZ, Luiz Inácio Sanches. Los sistemas de protección Americano y Europeo de los derechos humanos: el problema de la ejecución interna de las sentencias de las respectivas Cortes de Justicia. In: RESCIA, Victor Manuel Rodríguez. *La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José da Costa Rica: IJSA, pp. 501-513, 1997; SABSAY, Daniel A. El amparo como garantía para el acceso a la jurisdicción en defensa de los derechos humanos. In: CAMPOS, Germán G. Bidart; et al. *La aplicación de los tratados sobre los derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, pp. 229-245, 1997; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. (i) *A proteção internacional dos direitos humanos. Fundamentos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991; (ii) *O esgotamento de recursos internos no direito internacional*. Brasília: UnB, 1997; (iii) O legado da Declaração Universal e o futuro da proteção internacional dos Direitos Humanos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISES, Cláudio (Orgs.). *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: Edusp/Fapesp. 1999; SABADELL, Ana Lúcia. Tribunal Penal Internacional e Direitos Fundamentais: Problemas de Constitucionalidade. In: *Cadernos de Direito do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba*. Piracicaba: Gráfica UNIMEP, Volume 3, Número 5, p. 241-259, 2003; BREWER-CARIAS, Allan R. La Jurisdicción Constitucional en América Latina. In: GARCIA BELAUNDE, D. Belaunde, e SEGADO, F. Fernández. *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson, 1997; e, SOYER, Jean-Claude. Légitimité Supranationale des Justices Nationales. In : *Les Doits de L'Homme au seuil du Troisième Millénaire – Mélanges en Hommage à Pierre Lambert*. Bruxelles: Bruylant, pp. 767-776, 2000.

Portuguesa de 1976, lhe tem conferido interpretação evolutiva consentânea com a construção jurisprudencial do TEDH²⁷⁴.

Posicionando-o entre os direitos fundamentais, destaca que a norma que o positiva “contém, ela mesma, toda aquela dimensão acarretada pelo princípio da igualdade de armas, que a jurisprudência, quer da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, quer do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, tem entendido como

²⁷⁴ Para apreciação aprofundada do constitucionalismo e da jurisdição constitucional Lusitana, conferir: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2004; GOUVEIA, Jorge Bacelar. (i) A Afirmação dos Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Contemporâneo. In: *Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, pp. 53-73, 2003; (ii) *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, vol. I, 2005; (iii) *O Valor Positivo do Acto Inconstitucional*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa - AAFDL, 1992; CANOTILHO, J. J. Gomes. (i) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002; (ii) O ônus da Prova na Jurisdição das Liberdades – Para uma Teoria do Direito Constitucional à Prova. In: BRANDÃO, Cláudio e ADEODATO, João Maurício (Orgs.). *Direito ao Extremo – Coletânea de Estudos*. Rio de Janeiro: Forense, pp. 187-194, 2005; (iii) Externalização ou Internalização da "Justiça" Constitucional. Introversão ou Extroversão da Legitimidade Processual Constitucional. In: *Comunicação ao 3º Encontro Nacional de Direito Constitucional*. São Paulo, 23/24 de setembro de 1994; CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. (i) MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. I, 2007; (ii) *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991; ANTUNES, Miguel Lobo. Fiscalização Abstracta da Constitucionalidade. Questões Processuais. In: *Estudos sobre a Jurisprudência do Tribunal Constitucional*. Lisboa: Aequitas – Editorial Notícias, 1993; ARAÚJO, Antônio de. *O Tribunal Constitucional (1989-1996) – Um estudo do comportamento judicial*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997; MARTINEZ Soares. *Comentários à Constituição Portuguesa de 1976*. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1978; MIRANDA, Jorge. (i) *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003; (ii) A “Constituição Europeia” e a Ordem Jurídica Portuguesa. In: *Revista de Direito Internacional e Econômico*. São Paulo: IOB Síntese, n. 8, pp.6-22, Jul.Ago.Set/2004; (iii) *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, vol. II, 1998; MIRANDA, Jorge, e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, tomo I, 2005; CORREIA, Fernando Alves. Relatório Geral da I Conferência de Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha. Os Órgãos de Fiscalização da Constitucionalidade: Funções, Competências, Organização e Papel no Sistema Constitucional Perante os Demais Poderes do Estado. In: *Boletim de Documentação e Direito Comparado*. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, n.º 71-72, pp. 38-121, 1997; MENDES, Armindo Ribeiro. Portugal – Tribunal Constitucional. I Conferência de Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha. Os Órgãos de Fiscalização da Constitucionalidade: Funções, Competências, Organização e Papel no Sistema Constitucional Perante os Demais Poderes do Estado. In: *Boletim de Documentação e Direito Comparado*. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, n.º 71-72, pp. 687-776, 1997; COSTA, José Manuel M. Cardoso da. *A Jurisdição Constitucional em Portugal*. Coimbra, 1987; FONSECA, Guilherme da. *Breviário de Direito Processual Constitucional – Recurso de Constitucionalidade. Jurisprudência, Doutrina, Formulário*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997; MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade*. Os Autores, o Conteúdo e os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei. Lisboa: Editora Universidade Católica Editora, 1999; MOREIRA, Vital. A “Fiscalização Concreta” no Quadro do Sistema Misto de Justiça Constitucional. In: *Boletim da Faculdade de Direito – Volume Comemorativo*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002; OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993; SOUZA, Marcelo Rebelo de. (i) *O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional*. Lisboa: Gráfica Portuguesa, 1988; (ii) *Constituição da República Portuguesa e a Legislação Complementar*. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1992; SOUZA, Marcelo Rebelo de e ALEXANDRINO, José de Melo. *Constituição da República Portuguesa Comentada*. Lisboa: Lex, 2000; e, LOPES, J. J. Almeida. *Constituição da República Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2005.

critério de efetivação do direito a um processo equitativo previsto no artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”²⁷⁵.

16. O direito de acesso aos tribunais é revelado como o “direito a uma solução jurídica dos conflitos a que se deve chegar em um prazo razoável e com observância de garantias de imparcialidade e independência, possibilitando-se, designadamente, um correcto funcionamento das regras do contraditório em termos de cada uma das partes poder deduzir as suas razões de facto e direito, oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discreditar sobre o valor e resultados de umas e outras”²⁷⁶.

Os princípios do contraditório e da igualdade de armas são visualizados como expressões do direito de acesso aos tribunais e do direito à tutela judicial efetiva, que “não se bastam com um conteúdo meramente formal, reclamando a verdadeira possibilidade de as partes disporem, em completa paridade, dos mesmos meios processuais, designadamente de produção de prova, indispensáveis ao apuramento da verdade material e ao reconhecimento das respectivas pretensões”²⁷⁷.

17. Para os juízes da Corte Constitucional há violação ao direito de acesso à justiça quando a norma impõe o depósito de quantias da condenação ou de coimas aplicadas como condição de seguimento do recurso, e nos casos em que o recorrente, por insuficiência económica, o não possa efetuar²⁷⁸; impede que a parte contra a qual é

²⁷⁵ Acórdão 529/94. No julgamento que resultou no Acórdão 433/87, a Corte Portuguesa havia assentado que “o Estado de direito democrático não-há de contentar-se com proclamar os direitos fundamentais dos cidadãos, designadamente o direito de acesso aos tribunais; tem que preocupar-se com proporcionar a todos os meios concretos do exercício de um tal direito, providenciando para que os litigantes carecidos de meios económicos para a demanda se não vejam, por esse facto, impedidos de defender em juízo os seus direitos, nem tão-pouco sejam colocados em situação de inferioridade perante a contra-parte com capacidade económica”.

²⁷⁶ Acórdão 86/88.

²⁷⁷ Acórdão 497/96. O direito de defesa enquanto expressão do princípio do acesso, para os integrantes da Corte Lusa, no âmbito do processo criminal, configura-se “como um *due process of law*, devendo considerar-se ilegítimas, por consequência, quer eventuais normas processuais, quer procedimentos aplicativos delas, que impliquem um encurtamento inadmissível das possibilidades de defesa do arguido” (Acórdãos 61/88, 207/88, 304/88). Em outro aresto, a Corte asseverou que “tal processo há-de, por conseguinte, ser um processo equitativo (*a due process of Law, a fair process*), que tenha por preocupação dominante a busca da verdade material, mas sempre com inteiro respeito pela pessoa do arguido, o que, entre o mais, exige que se assegurem a este todas as garantias de defesa e que não admitam provas que não passem pelo crivo do contraditório e pela percepção direta e pessoal do juiz (princípio da oralidade e da imediação)” (Acórdão 172/92). Sendo certo, contudo, que “no domínio do processo criminal o princípio da igualdade das partes não conduz, necessariamente a um tratamento formalmente simétrico do ofendido e do arguido, bem pode suceder que a concretização das suas garantias de defesa conduza, por vezes, a um tratamento mais favorável do arguido” (Acórdão 611/94).

²⁷⁸ Acórdãos 478/87, 412/87, 269/87.

instaurada a ação de remição possa defender os seus direitos²⁷⁹; permite, após decisão dos árbitros, a notificação do expropriado e demais interessados conhecidos, por carta registrada²⁸⁰; tolera a adjudicação de terrenos sem que sejam judicialmente decididas as questões suscitadas no curso do processo, ou obsta que os requeridos, antes da prolação da sentença suscitem quaisquer questões de fato ou de direito suscetíveis de obstar a adjudicação²⁸¹; veda aos interessados o direito de interpor recurso, para o juiz, das decisões dos secretários judiciais sobre as reclamações contra ato de liquidação das custas²⁸²; nega ao peticionário do direito de asilo o apoio judiciário, na modalidade de concessão de patrocínio judiciário, para impugnar contenciosamente o ato administrativo de recusa de admissão do pedido de asilo; impede o apoio judiciário, na forma de patrocínio judiciário, aos estrangeiros e apátridas que pretendam impugnar contenciosamente o ato administrativo que lhes denega asilo²⁸³, e não permite às partes tomar conhecimento e discutir qualquer elemento da intervenção do Ministério Público no processo que possa influenciar a decisão²⁸⁴.

Consideram igualmente ofensiva ao direito de acesso à justiça a interpretação que atribui exclusivamente ao juiz, o poder de avaliar e decidir sobre a legibilidade ou ilegibilidade das cópias dos textos de despachos, sentenças ou acórdãos por si manuscritos, enviados ou entregues as partes juntamente com a notificação²⁸⁵; estabeleça regime claramente mais gravoso e preclusivo que o estatuído quanto à prova testemunhal a ser produzida no decurso da audiência final²⁸⁶; e impeça às partes, por si próprias ou por intermédio de solicitadores que as represente, nas ações em que não seja obrigatória a constituição de advogado, a faculdade de poderem suscitar e discutir no processo todas as questões de fato e de direito²⁸⁷.

18. Por outro lado, a Corte entende que não há inconstitucionalidade por afronta ao direito fundamental de acesso ao direito e à tutela jurisdicional, quando a norma impõe o depósito de quantias da condenação aplicadas como condição de seguimento do

²⁷⁹ Acórdãos 86/88, 62/91.

²⁸⁰ Acórdão 113/89.

²⁸¹ Acórdãos 54/91 e 47/90.

²⁸² Acórdão 358/91.

²⁸³ Acórdãos 338/95 e 962/96.

²⁸⁴ Acórdão 345/99.

²⁸⁵ Acórdão 444/91.

²⁸⁶ Acórdão 497/96.

²⁸⁷ Acórdão 245/97.

recurso, nos casos em que o recorrente não é beneficiado pela assistência judiciária²⁸⁸; não estabelece o duplo ou triplo grau de jurisdição para todas as decisões, ao argumento de que não há um direito irrestrito a impugnar todas as decisões judiciais²⁸⁹; veda a possibilidade de novas ações ou providências judiciais tendentes à cobrança de créditos sobre empresa pública extinta²⁹⁰; impõe ao proprietário de veículo a obrigação de pagar previamente as despesas de remoção e depósito para obter a sua entrega²⁹¹; e aumenta o valor das custas judiciais, ao fundamento de que a exigência de custas, por si só, não pode ser perspectivada como uma restrição, *strictu sensu*, ao direito fundamental de acesso aos tribunais, mormente, porque a constituição não consagra o princípio da justiça gratuita²⁹².

Igualmente não visualiza agressão ao direito de acesso à justiça quando a norma concede isenção de custas para autarquia local²⁹³; dispõe não ser admissível recurso ordinário nas causas de valor inferior à alçada do tribunal de que se recorre²⁹⁴; exige, no processo do trabalho, que as razões do recurso acompanhem a peça de interposição²⁹⁵; veda ao assistente constituído em processo contra-ordenacional o direito de recurso para a Relação²⁹⁶; permite a existência de um quarto grau de jurisdição no domínio da discussão litigiosa do montante da indenização por expropriação²⁹⁷; condiciona, no processo do trabalho, a admissibilidade do adiamento da audiência ao acordo das partes²⁹⁸; e prevê o pagamento de taxas como condição de seguimento do recurso²⁹⁹.

19. Também segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Português, não vulnera o direito à tutela jurisdicional a norma que consagra o princípio da adesão obrigatória da ação civil indenizatória ao processo penal³⁰⁰; não reconhece às pessoas coletivas com fim lucrativo o apoio judiciário, na modalidade de patrocínio judiciário

²⁸⁸ Acórdão 160/90.

²⁸⁹ Acórdãos 31/87, 58/88, 65/88, 163/90, 202/90, 330/91, 155/92, 475/94, 489/95, 501/96 e 182/98.

²⁹⁰ Acórdão 137/88.

²⁹¹ Acórdão 274/89.

²⁹² Acórdãos 307/90, 339/90, 352/91, 467/91 e 49/92.

²⁹³ Acórdãos 149/92 e 148/92.

²⁹⁴ Acórdãos 210/92, 211/93.

²⁹⁵ Acórdão 266/93.

²⁹⁶ Acórdão 344/93.

²⁹⁷ Acórdão 370/97.

²⁹⁸ Acórdão 264/94.

²⁹⁹ Acórdão 409/94.

³⁰⁰ Acórdão 451/97.

gratuito³⁰¹; obsta o acesso aos tribunais superiores em via de recurso, nos processos com valor superior à alçada do tribunal recorrido, para discussão de questão atinente à admissibilidade legal de avaliação extraordinária requerida³⁰²; estabeleça para os advogados e solicitadores detentores do monopólio do exercício do mandato forense, o dever de não recusarem o patrocínio oficioso aos beneficiários da assistência judiciária³⁰³; imponha que a pessoa interessada em obter cópia, extrato ou certidão de auto constante de processo que já não se encontre em segredo de justiça tenha de invocar um interesse legítimo³⁰⁴; consente ao juiz decidir no despacho saneador qualquer exceção sem promover a realização prévia de uma audiência, na qual teria lugar discussão sobre a procedência daquela, mesmo nos casos em que a tenha suscitado oficiosamente³⁰⁵; e preveja a emissão pelo Ministério Público de parecer prévio à decisão do incidente de apoio judiciário³⁰⁶.

Da mesma forma, a Corte entende que não constitui ofensa ao direito à proteção judiciária, a edição de norma que estabeleça diferenciação de posições entre a ‘parte’ representada pelo Ministério Público – o Estado – e a ‘parte’ por ele não representada, no que concerne ao efeito preclusivo e cominatório decorrente da não impugnação especificada dos fatos alegados³⁰⁷; admita, no processo laboral, que o juiz prolate decisão condenatória em quantidade superior ou em objeto diverso do pedido³⁰⁸, desde que tal condenação seja condicionada à prévia notificação do interessado a fim de conceder-lhe possibilidade para alegar o que sobre a matéria entender conveniente à defesa dos seus interesses³⁰⁹; e permita a notificação da parte por intermédio do seu mandatário judicial para a audiência de julgamento³¹⁰.

Considera, ainda, que não acarreta declaração de inconstitucionalidade por ofensa ao direito fundamental de acesso à justiça, o fato de a norma dar ensejo à interpretação que negue ao proprietário de um terreno rústico arrendado a terceiro que nele semeou sua seara, legitimidade para apresentar queixa pelo fato de essa seara ter

³⁰¹ Acórdão 97/99.

³⁰² Acórdão 202/99.

³⁰³ Acórdão 433/87.

³⁰⁴ Acórdão 661/94.

³⁰⁵ Acórdão 222/90.

³⁰⁶ Acórdão 263/93.

³⁰⁷ Acórdão 529/94.

³⁰⁸ Acórdão 644/94.

³⁰⁹ Acórdão 605/95.

³¹⁰ Acórdão 228/98.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

sido destruída³¹¹; estabeleça a observância das regras do contraditório para a imputação aos representantes das partes da responsabilidade por litigância de má-fé³¹²; permita em caso de litisconsórcio necessário ativo, que a parte julgada pessoalmente legítima possa não ver reconhecido o direito de que se arroga por não terem intervindo na ação os restantes cointeressados³¹³; e autoriza ao tribunal não convidar o recorrente a corrigir vício visualizado no conteúdo das conclusões do seu arrazoad³¹⁴.

3.4. O direito de acesso à justiça evidenciado na construção jurisprudencial da Suprema Corte Brasileira.

21. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, instituído como Corte Constitucional Federal³¹⁵, identifica o direito de acesso à justiça como postulado que garante a

³¹¹ Acórdão 105/96.

³¹² Acórdão 103/95.

³¹³ Acórdão 210/2000.

³¹⁴ Acórdão 374/2000.

³¹⁵ Sobre a jurisdição constitucional brasileira e os diversos mecanismos para provocá-la, conferir: ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. A Competência do STF para suspender a execução dos Atos Declarados Inconstitucionais. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, vol. 15, nº 57, jan-mar, 1978; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade. Comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora RT, 2002; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. (i) *Proceso Constitucional en Brasil*. In: BELAUNDE, D. García, SEGADO, F. Fernández (Coord.) *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson S. L, 1997, pp. 441-442; (ii) *Proceso Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984; (iii) Teoria Geral do Processo Constitucional. In: *Estudos em Homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel*. São Paulo: Saraiva, pp. 339-414, 2001; (iv) Teoria Geral do Processo Constitucional. In: *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte: Editora PUCMINAS, v. 2, n. 3 e 4, pp. 89-154, 1º e 2º Sem.1999; BARBI, Celso Agrícola. (i) *Do Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993; (ii) Mandado de Injunção. In: *Revista de Processo*, nº 61, janeiro - março 1.991, pp. 63-69; BARBOSA, Rui. (i) *A Constituição e os Actos Inconstitucionales do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Atlântida Editora, 1893; (ii) *Comentários à Constituição Federal Brasileira. Coligidos e ordenados por Homero Pires*. São Paulo: Saraiva, 1933; BASTOS, Celso Ribeiro e VARGAS, Alexis Galiás de Souza. A Arguição de descumprimento de preceito fundamental e a Advocatória. In: *Revista Jurídica Virtual*, nº 8, janeiro 2000, p. 1. Publicada na Internet, site www.planalto.gov.br; BERNARDES, Juliano Taveira. Ação de descumprimento de preceito fundamental. In: *Revista Jurídica Virtual da Presidência da República*. Brasília: A Presidência, nº 8, www.presidencia.gov.br/revistajuridica, junho de 2000; BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira – Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001; BITTENCOURT, C. A Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1968; BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações Constitucionais: Novos Direitos e Acesso à Justiça*. Florianópolis: Hábitos Editora, 2001; BUZAID, Alfredo. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958; CARRAZZA, Roque Antônio. Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção. In: *Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, nº 3, abril-junho de 1993; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: *Novos Rumos da Autonomia Municipal*. São Paulo: Max Limonad, 2000; COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O Controle da Constitucionalidade das Leis e o Poder de Tributar na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992; CRETELLA JUNIOR, J. *Comentários à*

Constituição de 1988. São Paulo: Forense Universitária, 1989; CAVALCANTI, Francisco Ivo Dantas. (i) Coisa Julgada Inconstitucional: Declaração Judicial de inexistência. In: *Revista Fórum Administrativo - Direito Público*. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 2, nº 15, p. 588-607, maio 2002; (ii) *Constituição Federal - Teoria e Prática*. vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1994; (iii) *Direito Adquirido, Emenda Constitucional e Controle da Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997; (iv) *Instituições de Direito Constitucional Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2001; (v) *Mandado de Injunção – Guia Teórico e Prático*. Rio de Janeiro: Aide, 1994; (vi) *O Valor da Constituição – Do Controle de Constitucionalidade como Garantia da Supralegalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; (vii) *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995; (viii) A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: a CF e a Lei nº 9.882/99. In: *Estudos de Direito Constitucional - Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Editora LTr, 2001; (ix) Constituição e Constitucionalismo: a Ideologia Constitucional. In: *Ordem Econômica e Social – Estudos em Homenagem a Ary Brandão de Oliveira*. São Paulo: Editora LTr, 1999; (x) O Controle da Constitucionalidade das Leis e Atos no Direito Estrangeiro: Breve Análise Comparada. In: DINIZ, José Janguê Bezerra (Coord.). *Direito Constitucional. Coleção Bureau Jurídico*, vol. II. Brasília: Consulex, 1998; (xi) *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995; DANTAS, Marcelo N. R. *Da Reclamação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000; DELFIM, Ricardo Alessi. *Ação Declaratória de Constitucionalidade e os Princípios Constitucionais do Processo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001; DIAS, Francisco Barros. Coisa Julgada Inconstitucional. Recife: *Dissertação Final apresentada aos Cursos de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) - Faculdade de Direito do Recife*, 1999; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. São Paulo: RT, 1990; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Sistema Constitucional Brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade – Leis nº 9.868, de 10 de novembro e nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 220. São Paulo: Renovar, abr./jun. 2000; FERREIRA, L. Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. São Paulo: Editora RT, 1971; FIGUEIREDO, Marcelo. A Ação Declaratória de Constitucionalidade - Inovação Infeliz e Inconstitucional. In: TUBENCHLAK, James e BUSTAMANTE, Ricardo Silva de. *Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, vol. 8, 1994; JAYME, Fernando G. *Tribunal Constitucional: exigências democráticas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000; GARCIA, Maria. Os efeitos do mandado de injunção e o princípio da separação dos poderes. In: *Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política do Instituto Brasileiro de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, nº 03, 1994; GOMES, Rauldo. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Edições Trabalhistas, 1989; HORTA, Raul Machado. *O Controle da Constitucionalidade das Leis no Regime Parlamentar*. Belo Horizonte, 1953; LARA, José de Mesquita. Suspensão pelo Senado Federal da Eficácia de Lei ou Decreto Declarado Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. In: *Direito Público - Revista do Departamento Jurídico do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais, vol. II, abril de 1960; LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. Contribuição à Teoria da Coisa Julgada. São Paulo: RT, 1997; LOBO NETO, Paulo Luiz. O Controle da Constitucionalidade das Leis e o Direito Adquirido. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/175772>, v.27, nº 106, p. 37-54, abr./jun. de 1990; LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 1999; MACEDO, Francisco Antônio de. *Mandado de Injunção. Da Inconstitucionalidade por Omissão*. São Paulo: RT, 1993; MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de Injunção e Inconstitucionalidade por Omissão. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Mandados de Segurança e Injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990; MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994; MENDES, Gilmar Ferreira. (i) Arguição de descumprimento de preceito fundamental: Demonstração de inexistência de outro meio eficaz. In: *Revista Jurídica Virtual da Presidência da República*. Brasília: A Presidência, vol. 2, nº 13, www.presidencia.gov.br/revistajuridica, junho de 2000; (ii) *Controle da Constitucionalidade - Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990; (iii) *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996; MORAES, Alexandre de. Comentários à Lei nº 9.882/99 - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001; MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Evolução do Controle da Constitucionalidade no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As Garantias do Cidadão na Justiça*, São Paulo: Saraiva, 1993; MOTTA, Sylvio e DOUGLAS, William.

Controle de Constitucionalidade – Teoria, Jurisprudência e Questões. Rio de Janeiro: Impetus, 2000; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (i) Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional – Limites da distinção em face do modelo constitucional brasileiro do controle jurisdicional de constitucionalidade In: *JP – Jornal da Pós-Graduação em Direito da FD – UFMG*. Belo Horizonte: UFMG, ano 2, n. 13, p. 6, junho de 2000; (ii) *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001; ORLANDO, Bitar. A Lei e a Constituição. In: *Obras Completas de Orlando Bitar*, Rio de Janeiro: Edição do Departamento de Imprensa Nacional, 3 vols. 1978; VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política*. São Paulo: RT, 1994; PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade – Conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: RT, 2001; POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985; QUARESMA, Regina. Considerações sobre as origens do mandado de injunção. In: *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, nº 5, Ago.-Dez. 1994; ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. São Paulo: RT, 1977; SALDANHA, Nelson. Direito Constitucional comporta Princípios Gerais? In: *Velha e Nova Ciência do Direito*. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1974; SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003; SANTOS, Ulderico Pires dos. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Paumape, 1988; SCARTEZZINI, Ana Maria. A Ação de Declaração de Constitucionalidade da Lei e os Princípios Constitucionais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994; SILVA, José Afonso da. (i) *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: RT, 1982; (ii) *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1994; SILVA, Nanci de Melo e. *Da Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002; SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *A Evolução do Controle da Constitucionalidade e a Competência do Senado Federal*. São Paulo: RT, 1992; SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. *Lineamentos do Mandado de Injunção*. São Paulo: Editora RT, 1993; SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1994; STRENGER, Irineu. *Mandado de Injunção*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988; TAVARES, André Ramos. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Aspectos essenciais do instituto na Constituição e na Lei. In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs.). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001; TAVARES, André Ramos. *Tratado da Arguição de Preceito Fundamental – Lei n. 9.868/99 e Lei 9.882/99*. São Paulo: Saraiva, 2001; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Controle da Constitucionalidade no Brasil e em Portugal. In: *Revista de Direito Público*, nº 28, 1974; THEODORO JUNIOR, Humberto. (i) Ação Rescisória e o Problema da Superveniência do Julgamento da Questão Constitucional. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20, nº 79, julho-setembro, 1995; (ii) e FARIA Juliana Cordeiro de. A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu Controle. In: *Revista da Advocacia-Geral da União*, Ano II, nº 09, abril de 2001, p. 2, site www.agu.gov.br/ce; TUCCI, José Rogério Cruz e. Aspectos Processuais da Denominada Ação Declaratória de Constitucionalidade. In: *Processo Civil - Realidade e Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1994; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direito Contemporâneo - Estudos em Homenagem a Oscar Dias Correa*. São Paulo: Forense Universitária, 2001; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Controle da Constitucionalidade das Leis na Constituição Brasileira de 1988. In: *Temas de Direito Público*, Belo Horizonte: Del Rey, 1994; VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das Decisões Judiciais por meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória. Recurso Especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à Lei?* São Paulo: RT, 2001; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999; NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007; ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001; ALVES, José Carlos Moreira. A Evolução do Controle da Constitucionalidade no Brasil. In: *Boletim de Documentação e Direito Comparado - I Conferência de Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha. Os Órgãos de Fiscalização da Constitucionalidade: Funções, Competências, Organização e Papel no Sistema Constitucional Perante os Demais Poderes do Estado*. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, nº 71-72, pp. 137-154, 1997; BARROSO, Luis Roberto. *O direito Constitucional e a efetividade das suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996; e, STRECK, Lenio Luiz. (i) *O Mandado de*

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

inafastabilidade da jurisdição prevista no art. 5º, XXXV, da Carta Magna, e permite ao Poder Judiciário apreciar toda alegação de ameaça ou lesão a direito individual³¹⁶.

Enquanto garantia constitucional, o direito de acesso à justiça assume o papel instrumental de viabilizar a fruição dos demais direitos. Qualquer ato que restrinja o seu exercício mostra-se consequente e imperiosamente contrário à ordem jurídica, e em flagrante afronta aos princípios da legalidade³¹⁷, da confiança no tráfego jurídico e da segurança jurídica³¹⁸.

Entende-se que as variantes de interpretação do seu conteúdo não se restringem a um esquema de exclusão (ou a uma perspectiva restritiva), mas incorpora raciocínios de ampliação³¹⁹ que o revelem como direito à proteção judiciária adequada e da forma mais completa e convincente possível³²⁰.

Para que tenha trânsito no Supremo Tribunal Federal a alegação de ofensa ao direito de acesso à justiça deve ser relacionada com situações de afronta direta ao texto constitucional³²¹, além de possibilitar repercussão geral³²²

Injunção no Direito Brasileiro. São Paulo: Edições Trabalhistas, 1991; (ii) *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

³¹⁶ 2ª Turma-RE 343866 AgR / RJ - Relatora Min. Ellen Gracie, j. 31/05/2005.

³¹⁷ AgRg na Suspensão de Segurança nº 2743 AgR / MG, Relator Min. Gilmar Mendes, j. 07/04/2009.

³¹⁸ RE 566621/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 4.8.2011.

³¹⁹ Cf. SILVA, Dicken William Lemes. O Direito de Acesso à Justiça no Contexto do Pós-Positivismo. In: *Revista de Direito Público*. Porto Alegre: Síntese – IOB, ano III, nº 10, Out.-Nov.-Dez. 2005, pp. 125 – 160.

³²⁰ RE 158.655-9/PA, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ, Seção I, 02.05.1997 e RE 172.084/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ, Seção I, 03.03.1995.

³²¹ 2ª Turma - RE 72054 / GB, Relator Min. Bilac Pinto, j. 11/10/1971. A mera alegação de afronta reflexa ou indireta que demande reexame de fatos e provas, e a necessidade de análise de normas infraconstitucionais, não constitui causa suficiente para provocar a manifestação da Corte. Segundo entendimento consolidado, não são admitidas nem conhecidas as alegações de ofensa ao direito de acesso calcadas na arguição de inconstitucionalidade da exigência de depósito recursal no processo administrativo e no processo trabalhista, porque o debate acerca do recolhimento de custas ou de depósito recursal pressupõe interpretação de norma processual infraconstitucional (AI 494.388-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 11.9.2009, e AI 819620 / SP, Relatora Min. Cármen Lúcia, j. 05/11/2010). Igualmente não se conhece do apelo extremo quando manejado nos autos de procedimento de natureza administrativa, por entender-se que os sistemas recursais próprios do processo judicial e do processo administrativo não se mesclam, e que é esta separação que resguarda os princípios do *due process of law*, do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural e do pleno acesso à Justiça (1ª Turma - RE 454421 AgR / ES -Relator Min. Carlos Britto, j. 23/05/2006. Precedentes: CC 7.082, REs 233.743, 229.786 e 213.696-AgR e AIs 566.376, 223.518-AgR e 316.458-AgR). Mesmo quando contenha arguição de ofensa ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o recurso também é inadmitido quando interposto “contra decisões que concedem ou denegam a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, ou provimentos liminares, pelo fato de que tais atos decisórios – precisamente, por serem fundados em mera verificação não conclusiva da ocorrência do ‘periculum in mora’ e da relevância jurídica da pretensão deduzida pela parte interessada - não veiculam qualquer juízo definitivo de constitucionalidade” (AI nº 581.322-AgR, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 10/8/06; AI nº

22. Para os componentes da Corte, o princípio da paridade de armas, que resulta da “conjugação da garantia fundamental do contraditório (CF, art. 5º, LV) com o princípio constitucional da isonomia material (CF, art. 5º, caput)”, impõe que “se reconheça como essencial o complexo normativo que assegura aos cidadãos necessitados o amplo acesso à tutela jurisdicional, suprindo-se, pela atuação do Estado, a carência material configurada em suas respectivas esferas jurídicas”³²³.

Na jurisprudência do Tribunal, a regra do contraditório, conquanto figure como objeto de disposição autônoma, constitui expressão do direito de acesso à justiça, integra o princípio do devido processo legal e revela-se como a “garantia de que o interessado jurídico tenha ciência efetiva dos termos da causa para que possa exercer os ônus de participação ativa no processo” e ajudar a preparar a decisão final³²⁴.

23. O Tribunal visualiza como violadora do direito de acesso à justiça e, portanto, materialmente inconstitucional, a norma (no caso, o Decreto – Lei nº 893/69) que determina como requisito prévio para o acesso à justiça, a exaustão da instância administrativa. Entende que a Constituição Federal em vigor, ao contrário da pretérita, é exaustiva quanto às situações jurídicas passíveis de ensejar, antes do ingresso em juízo,

597.618-AgR, Relator Min. Celso de Mello, DJ de 29/6/07; RE 263.038, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ 28.04.2000, e Súmula 735).

³²² AI-AgR 749.139, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 25.10.2010; AI-AgR 614.241, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 17.05.2011; AI 845096 / AC - Relator Min. Gilmar Mendes. 15/08/2011; AI-AgR 728.837, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 1º.7.2010, e do AI-AgR 766.950, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 16.11.2010. A repercussão geral, enquanto requisito constitucional de admissibilidade do recurso deve ser demonstrado pelo demandante, fundamentadamente, de modo a revelar que a indignação extrema encarta questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassam os interesses subjetivos da causa. Não é suficiente a simples alegação de que a matéria em debate no recurso extraordinário tem repercussão geral, incumbe ao recorrente “demonstrar de forma expressa e clara as circunstâncias que poderiam configurar a relevância – do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico – das questões constitucionais invocadas no recurso extraordinário” (AI nº 797.515 – AgR, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Dje de 28.02.11 e RE 650684 / ES, Relator Min. Luiz Fux, 09/08/2011). É rejeitada a repercussão geral da controvérsia fundada no indeferimento de concessão do benefício de justiça gratuita, ao argumento de que a matéria, além de demandar a análise de norma infraconstitucional (AI nº 759.421 RG, Relator Min. Cezar Peluso, DJe de 12/11/2009), geralmente inserta em direito local, pode exigir o exame de questões que conduzam ao revolvimento do contexto fático-probatório dos autos. (ARE nº 636852 / SP, Relator Min. Luiz Fux, j. 8.8.11. Prevalece o entendimento de que descabe mandado de segurança contra decisões de caráter jurisdicional emanadas das Turmas ou do Plenário da Corte (MS nº 24.633, Relator Min. Cezar Peluso, DJ 12.03.2004, MS nº 21.734, Relator o Min. Ilmar Galvão, DJ 15.10.93), independente de a decisão incorporar natureza meritória ou cunho terminativo (Cautelares nos Mandados de Segurança nº 25.637, DJ 22.11.2005, e nº 23.572, DJ 13.03.2000, ambos da relatoria do Ministro Celso de Mello, e Súmulas 279 e 280 do STF).

³²³ RE Nº 34618, Relator Min. Dias Toffoli.

³²⁴ Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 27571 MC/DF, j. 19.09.2008, o Relator Min. Cezar Peluso.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

o esgotamento da fase administrativa, alcançando, na jurisdição cível-trabalhista, apenas o dissídio coletivo³²⁵.

Para os seus integrantes, também ofende o princípio do devido processo legal e inverte a lógica do acesso à justiça, a norma (no caso o Decreto-Lei nº 70/66) que submete o devedor a atos de expropriação sem lhe oportunizar o direito de ingressar previamente em juízo a fim de se opor à execução e de ser ouvido³²⁶; o ato normativo que dificulta ou torna impossível o ajuizamento de ações previdenciárias no domicílio do interessado, por afronta ao parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, que visa a proporcionar aos segurados e beneficiários da Previdência Social a possibilidade de ajuizarem suas ações no foro de seu domicílio³²⁷; bem como a decisão que considera prejudicado o julgamento de Mandado de Injunção Coletivo com base na mera remessa de projeto de lei que trata da matéria nele ventilada³²⁸.

Conforme jurisprudência estabilizada, o julgamento de preliminar de prescrição relativamente a ações já ajuizadas, tendo como referência novo prazo reduzido por lei posterior, sem qualquer regra de transição, atenta contra aos conteúdos dos princípios da confiança no tráfego jurídico e do acesso à Justiça. Solidificou-se a interpretação de que, “estando um direito sujeito a exercício em determinado prazo, seja mediante requerimento administrativo ou, se necessário, ajuizamento de ação judicial, haver-se-ia de reconhecer eficácia à iniciativa tempestiva tomada pelo seu titular nesse sentido, pois tal restaria resguardado pela proteção à confiança. De igual modo, não seria possível fulminar, de imediato, prazos então em curso, sob pena de patente e direta violação à garantia de acesso ao judiciário”³²⁹.

24. Os Juízes do Tribunal, chancelando a concepção de que as pessoas jurídicas de direito público também figuram como titulares do direito de acesso à justiça, compreendem que da mesma forma que não é dado aos entes políticos valerem-se de sanções políticas contra os contribuintes inadimplentes, cabendo-lhes, isto sim, proceder ao lançamento, inscrição e cobrança judicial de seus créditos a fim de que o interesse processual para o ajuizamento de execução esteja presente, negar ao Município a

³²⁵ Pleno - ADI 2139 MC / DF - Relator p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, j. 13/05/2009.

³²⁶ RE 627106/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 18.8.2011.

³²⁷ Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 27817 MC / DF, Relator Min. Eros Grau, j. 31/12/2008, Decisão Proferida pelo Min. Cezar Peluso.

³²⁸ MI 833/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2.8.2010.

³²⁹ RE 566621/RS, rel. Min. Ellen Gracie, j. 5.5.2010.

possibilidade de executar seus créditos de pequeno valor, sob o fundamento da falta de interesse econômico, viola o direito de acesso à justiça, ainda que tais execuções quedem infrutíferas. Entende-se que a ineficácia dos órgãos jurisdicionais não pode justificar a negativa de acesso do credor ao Poder Judiciário³³⁰.

Para eles, consubstancia ofensa ao princípio da segurança jurídica, em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça, a aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como, a aplicação imediata dos novos prazos extintivos às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição³³¹.

Também afronta o direito de acesso à justiça a falta de indicação dos motivos que conduziram ao convencimento esboçado no provimento jurisdicional. Para os juízes da Corte, o artigo 93, IX, da Constituição, ao prescrever que toda decisão judicial deve ser fundamentada, determina que os provimentos jurisdicionais sejam motivados suficientemente, não no sentido de que a fundamentação seja correta na solução das questões de fato ou de direito da lide, mas que as premissas declinadas no julgado, corretamente assentadas ou não, se aperfeiçoem coerentes com a fundamentação esboçada³³².

25. Igualmente bloqueia a efetividade das garantias constitucionais da legalidade e do acesso à justiça, enquanto elementos essenciais da cláusula do *due process of law* (art. 5º, inciso II, XXXV e LIV, da CF), a imposição do prequestionamento como requisito de admissibilidade da ação rescisória³³³, e a regra (na hipótese a Lei nº

³³⁰ AI 733935 / SP - Relator Min. Dias Toffoli, j. 19/08/2011. O Tribunal já firmou o entendimento de que “o sistema de precatórios é garantia constitucional do cumprimento de decisão judicial contra a Fazenda Pública, que se define em regras de natureza processual conducentes à efetividade da sentença condenatória transitada em julgado por quantia certa contra entidades de direito público. Além de homenagear o direito de propriedade (inciso XXII do art. 5º da CF), prestigia o acesso à jurisdição e a coisa julgada” (incisos XXXV e XXXVI do art. 5º da CF). (ADI 2356 MC / DF, Relator p/ Acórdão: Min. Ayres Britto, j. 5/11/2010).

³³¹ Rel. 12315 MC / SP - Relatora Min. Carmen Lúcia, j. 16/08/2011.

³³² RE 140.370, Relator Sepúlveda Pertence, DJ 21.5.93 e RE nº 516736 / SP, Relator Min. Joaquim Barbosa, j. 08/06/2011.

³³³ AI nº 410.497-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 22.03.2005; RE nº 444.810, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 04.02.2005; AI nº 336.803, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 15.12.2004; AI nº 372.516, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 10.12.2004; AI nº 407.909, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 21.09.2004; RE nº 328.812-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 11.04.2003; e, AI 592651 / RJ, Relator Min. Cezar Peluso, j. 26/05/2006.

9.958/2000) que vincula a admissão das demandas trabalhistas à comprovação de que o litígio foi antes submetido à Comissão de Conciliação Prévia³³⁴.

Ainda na esteira da interpretação chancelada na Corte, constitui negação do acesso à justiça não facultar ao jurisdicionado a prerrogativa de escolher entre o foro do seu domicílio, o do local de onde houver ocorrido o ato ou o fato eleito como causa de pedir, o de situação do objeto litigioso ou, o do Distrito Federal, para demandar contra a União³³⁵.

Relativamente às relações de consumo, sustenta-se que o legislador, ao privilegiar no artigo 93 do Código do Consumidor, o local do dano como o mais importante critério de fixação da competência, buscou posicionar o juiz o mais próximo possível do local das provas e dos cidadãos atingidos pelo ato impugnado, facilitando-lhes, com isso, o acesso à justiça, enquanto princípio constitucionalmente assegurado e reitor das atividades jurisdicionais³³⁶.

26. Por outro lado, o Tribunal não considera incompatível com o Texto Constitucional, nem violadora do direito de acesso à justiça e suas emanções, a exigência de depósito prévio para efeito de recurso³³⁷ e a imposição da comprovação do recolhimento do preparo no ato de sua interposição³³⁸.

De acordo com o entendimento pacificado, o direito de petição e o de acesso à justiça não eximem o recorrente de postular em juízo com a presença de advogado

³³⁴ ADI 2.160-MC e 2.139-MC, Relator Min. Marco Aurélio, DJe 23.10.2009, e Rcl. 8027 / RJ - Relator Min. Joaquim Barbosa, j. 28/09/2010.

³³⁵ RE 484.235-AgR/MG, Relatora Min. Ellen Gracie, DJe 18.09.2009; Rcl 5.577-ED/RJ, Relator Min. Menezes Direito, DJe 21.08.2009; RE 232.472-AgR/SP, Relator Min. Eros Grau, DJe 15.08.2008 e RE 233.990/RS, Relator Min. Maurício Corrêa, DJ 01.03.2002, RE 234.059/AL, Relator Min. Menezes Direito, DJe 21.11.2008; RE 607.547/RJ, Relator Min. Ayres Britto, DJe 09.03.2010; RE 353.992/RS, Relator Min. Dias Toffoli, DJe 09.02.2010; RE 418.561/RJ, Relator Min. Joaquim Barbosa, DJe 02.02.2010.

³³⁶ ACO nº 1442 / RJ – Relatora Min. Carmem Lúcia, j. 08/06/2011.

³³⁷ RE nº 210.246, Relator para o acórdão Min. Nelson Jobim, j. 12.11.1997; RE nº 224.958, Rel. Ministro Carlos Velloso, DJU de 26.06.1998; RE nº 223.179, Rel. Ministro Maurício Corrêa, DJU de 26.06.1998; RE nº 210.192, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJU de 03.04.1998; RE nº 210.243, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJU de 03.04.1998; RE 223033 / PR, Relator Min. Sydney Sanches, j. 11/12/2000.

³³⁸ AI 710.683 – Edv-AgR, DJ de 29.09.2009, Relator Min. Joaquim Barbosa; AI 710.275-EDv-ED-AgR, Relator Min. Marco Aurélio, DJ de 17.06.2009; RE 146.747-EDv-AgR, Relator Min. Marco Aurélio, DJ de 11.04.2003; RE 143.808-EDv-QO, Relator Min. Ellen Gracie, DJ de 18.06.2004; AI 614.073-AgR-EDv-AgR, Relator Min. Carlos Britto, DJe de 18.04.2008; RE 233.563-ED-ED-EDv-AgR, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 06.09.2007; e AI 702192 Ar-ED-ED-EDv / PR Relator Min. Joaquim Barbosa, j. 06/10/2010.

quando a legislação exige³³⁹. Da mesma forma não ofende a Constituição Federal a norma, no caso o artigo 9º da Lei 9099/95, que confere a parte a faculdade para demandar ou defender-se pessoalmente, em juízo, sem assistência de advogado. Por outro lado, não caracteriza negativa de acesso à via judicial o bloqueio a quem não disponha de capacidade postulatória, da prerrogativa de formular diretamente suas demandas em juízo³⁴⁰ quando tal garantia não seja expressamente prevista em lei.

Para os Ministros que integram o Supremo Tribunal Federal, na ordem jurídica brasileira, a assistência do profissional da advocacia em juízo não é absoluta podendo o legislador, a fim de prestigiar os princípios da oralidade e da informalidade adotados pelo sistema para tornar mais célere e menos oneroso o acesso à justiça, fixar situações em que seja prescindível a indicação de advogado³⁴¹.

27. Segundo a jurisprudência firmada, o cálculo das custas judiciais com base no valor da causa, desde que mantida correlação com o custo da atividade prestada, não constitui óbice à prestação jurisdicional e ao acesso à Justiça, sobretudo, quando possibilitado àqueles que demonstrarem não ter condições de arcar com as custas processuais, requererem o benefício da assistência judiciária gratuita, nos termos da legislação, cuja concessão fica a critério do juiz da causa³⁴².

Prevalece a tese de que a norma inserta no art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal Brasileira, que garante a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, não revogou a garantia de assistência judiciária gratuita aos necessitados, prevista na Lei nº 1.060, de 1950, para cuja obtenção basta a declaração, feita pelo próprio interessado, de que a sua situação econômica não permite vir a Juízo sem prejuízo da sua manutenção ou de sua família³⁴³.

28. De acordo com precedentes do Tribunal, prestigia o acesso à justiça o afastamento do óbice processual da coisa julgada material para permitir a reabertura de

³³⁹ AO 1.531-AgR/RS, Rel. Min. Carmen Lúcia.

³⁴⁰ 2ª Turma - Pet 3566 - AgR-QO / PE, Relator Min. Joaquim Barbosa, j. 02/05/2006.

³⁴¹ Pleno-ADI 1539 / UF, Relator Min. Maurício Corrêa, j. 24/04/2003. Para os integrantes da Corte, é razoável a norma que fixa a competência dos juizados especiais civis tomando por parâmetro o valor dado à causa, com o objetivo de possibilitar o acesso do cidadão ao judiciário de forma simples, rápida e efetiva, sem maiores despesas e entraves burocráticos.

³⁴² ADI 3826/GO, Rel. Min. Eros Grau, j. 12.5.2010). Precedentes: ADI 948, Francisco Rezek, DJ 17.03.2000, ADI 1.926-MC, Sepúlveda Pertence, DJ 10.09.1999, ADI 1.651-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 11.09.98 e a ADI 1.889-MC, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 14.11.2002. Precedentes: ADI 2.040-MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 25.02.2000; ADI 2.078-MC, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 18.05.2001 e Pleno - ADI 2655 / MT, Relatora Min. Ellen Gracie, j. 09/10/2003.

³⁴³ 2ª Turma - RE 205746 / RS, Relator Min. Carlos Velloso, j. 26/11/1996.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

ação de investigação de paternidade julgada improcedente, com o objetivo de permitir a produção de novo meio de prova em razão de evolução tecnológica³⁴⁴, incumbindo ao Estado custear o exame pericial de DNA para os beneficiários da assistência judiciária gratuita tendo em vista a autoexecutoriedade do art. 5º, LXXIV, da CF/88³⁴⁵.

Conquanto perdure o entendimento, também consolidado na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos³⁴⁶, de que a coisa julgada é um elemento indispensável para a concretização do direito à tutela jurisdicional efetiva, o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado no sentido de que não há como conferir caráter absoluto ao caso julgado quando estiverem em jogo os direitos fundamentais à filiação e à assistência jurídica aos necessitados, visualizados como expressões do princípio da dignidade da pessoa humana, cuja concretização igualitária atrela-se à garantia do acesso à tutela jurisdicional efetiva (CF, art. 5º, XXXV).

29. Os membros da Corte não visualizam desrespeito ao direito fundamental de acesso à justiça, a imposição de restrições ou limites ao alcance dos efeitos ou da eficácia da decisão de inconstitucionalidade. Compreendem que a declaração de inconstitucionalidade restrita sem qualquer ressalva, afeta os demais processos com pedidos idênticos e que estejam pendentes de julgamento nas diversas instâncias jurisdicionais. Os fundamentos constitucionais utilizados para legitimar as restrições servem para embasar, nos casos concretos, a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc*³⁴⁷.

Para eles, não constitui óbice ao acesso à justiça condicionar a intervenção do *amicus curiae* a demonstração de que a sua atuação no processo será útil para “proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional”³⁴⁸.

³⁴⁴ RE Nº 34618, Rel. Min. Dias Toffoli.

³⁴⁵ RE 224.775-6/MS, Relator Min. Néri da Silveira, DJ 24.05.2002, e RE 207.732-1-MS, Relatora Min. Ellen Gracie, DJ 02.08.2002.

³⁴⁶ Casos Brumarescu v. Romênia (1999), Pullar v. Reino Unido (1996), e Antonetto v. Itália (2000).

³⁴⁷ Devido a autonomia do controle incidental ou concreto relativamente ao controle abstrato de constitucionalidade, é possível atribuir efeitos temporais distintos a cada sistema. Concebe-se como mais razoável a opção pela atribuição de eficácia *ex nunc* das decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade, ressalvados os casos em tramitação ou já decididos até a data de ajuizamento da ação. (Medida Cautelar na Petição 2859 MC / SP, Relator Min. Gilmar Mendes, j. 06.04.2004).

³⁴⁸ Relator no julgamento da ADI 3.045/DF, Relator Min. Celso de Mello, e ADI 4056/MA, Relator Min. Ricardo Lewandowski, j. 26/05/2009.

3.5. O direito de acesso à justiça delineado na jurisprudência do TEDH.

30. A judicialização da proteção dos direitos fundamentais no plano internacional facilitou o controle pelas Cortes Supranacionais das atuações estatais no âmbito da proteção e efetivação dos direitos humanos, e respaldou a criação de órgãos protetivos específicos no plano internacional e regional³⁴⁹.

A CEDH consolidou-se no cenário internacional como primeiro tratado destinado a garantir a efetividade dos direitos fundamentais mediante o reconhecimento do direito de acesso a um órgão jurisdicional supranacional competente para

³⁴⁹ A doutrina é unânime ao identificar a forte atuação do TEDH na construção do direito europeu. Para análise aprofundada do assunto, conferir: CADILHA, António. O Impacto da Carta dos Direitos Fundamentais da UE no Sistema de Tutela Jusfundamental no Espaço Europeu. In: *Estudos de Direito Público*. Coimbra: Almedina, vol. I, pp. 153-193, 2003; TROCKER, Nicolò. Dal giusto processo all'effettività dei remedi: l'azione nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo Parte Seconda. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, anno LXI, n° 2, pp. 438-460, Giugno 2007; BARRETO, Irineu Cabral. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Aequitas, 1995; SUDRE, Frédéric et all. *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*. Paris: Presses Universitaires de France, 2011; SUDRE F. (Dir). (i) *L'interprétation de la CEDH*. Buxelles: Bruylant, Coll. Droit et Justice, n° 21, 1998; (ii) *Droit international et européen des droits de l'homme*. Paris: PUF, Coll. Droit Fondamental. 2001; ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Como podem ser indemnizados os injustiçados por causa da lentidão dos Tribunais à luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Legislação Nacional*. Porto: Legis Editora, 2006; SALVIA, Michele de. *Lineamenti di Diritto europeo dei Diritti dell'uomo*. Trieste: Proxima Scientific Press, 1997; ERGEC. Rusen. Le Statut Interne de la Convention Européenne des Droits de L'Homme et sa mise en Oeuvre dans les Pays D'Europe Occidentale, Centrale et de L'Est. In: *La Mise en Oeuvre Interne de la Convention Européenne des Droits de L'Homme*. Bruxelles: Éditions du Jeune Barreau, pp. 1-87, 1994; TRECHSEL, Stefan. L'Administration de la Preuve. Quelques réflexions sur l'article 6, 3°, d) de la Convention Européenne des Droits de L'Homme. In: *Les Droits de L'Homme au seuil du Troisième Millénaire – Mélanges en Hommage à Pierre Lambert*. Bruxelles: Bruylant, pp. 907-926, 2000; BRUYN, Donatienne de. Le Droit à un Recours Effectif. In: *Les Droits de L'Homme au Seuil du Troisième Millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*. Bruxelles: Bruylant, pp. 185-205, 2000; CALLEWAERT, Johan. La Convention Européenne des Droits de L'Homme entre Effectivité et Prévisibilité. In: *Les Droits de L'Homme au Seuil du Troisième Millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*. Bruxelles: Bruylant, pp. 93-108, 2000; VAN COMPERNOLLE, Jacques. L'Incidence de la Convention Européenne des Droits de L'Homme sur L'Administration de la Justice le Droit à un Procès Équitable. In: *Journée D'Études: La Mise en Oeuvre Interne de La Convention Européenne des Droits de L'Homme*. Bruxelles: Éditions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1994; VERDUSSEN, Marc. La Convention Européenne des Droits de L'Homme et Le Juge Constitutionnel. In: *Journée D'Études: La Mise en Oeuvre Interne de La Convention Européenne des Droits de L'Homme*. Bruxelles: Éditions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1994; RAMOS, Rui Manoel Moura. A Carta dos direitos fundamentais da União Europeia e a Proteção dos Direitos Fundamentais. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Publicação do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, pp. 41-80, n° 23, 2003 (2º semestre de 2002); SÁNCHEZ-CRUZAT, José M. Bandres. *El tribunal europeo de los derechos del hombre*. Barcelona: Boch, 1983; LIMA, José Antônio Farah Lopes de. *Convenção Européia de Direitos Humanos*. Leme: Mizumo, 2007; LAMBERT, E. *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*. Bruxelles: Bruylant, 1999; MARGUÉNAUD J. P. *La Cour européenne des droits de l'homme*. Paris: Dalloz, Coll. Connaissance du Droit, 2002; PETTITI, L. E. ; DECAUX, E.; e IMBERT, P. (Dir). *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*. Paris: Economica, 1995; RENUCCI, J. *Droit européen des droits de l'homme*. LGDJ, 2002; VELU, J. et ERGEC, R. *La Convention européenne des droits de l'homme*. Bruxelles: Bruylant, 1990; BERGER, Vincent. *La jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de L'Homme*. Paris: Sirey, 1994.

salvaguardar e fomentar o desenvolvimento desses direitos a partir da aproximação das diferentes fórmulas de interpretação praticadas nos sistemas jurídicos dos Estados-parte³⁵⁰.

Nos termos da Convenção, cada Estado tem o dever de assegurar que os direitos tutelados sejam concretizados independente da nacionalidade de quem os titularize, inclusive, mediante a viabilização do ajuizamento de ações contra os Estados violadores em prol dos nacionais, ou não, que estejam sob sua jurisdição, sem prejuízo da faculdade conferida aos ofendidos de terem acesso direto ao TEDH para postularem a tutela dos seus interesses.

Enquanto garantia fundamental, o acesso equitativo ao direito e à justiça, no espaço europeu, tem a sua efetividade relacionada com a qualificação do seu conteúdo como produto da evolução jurisprudencial do TEDH e do respeito à valores democráticos comuns³⁵¹, e aos princípios da dignidade humana, d proeminência do direito³⁵², do pluralismo e da não discriminação.

Visualizado como fenômeno normativo essencial para manutenção da consistência da ordem pública europeia, o direito de acesso à justiça, na forma como concebido pela Corte Europeia, instrumentaliza o sistema de proteção dos direitos no espaço jurídico dos Estados contratantes³⁵³.

Conquanto a jurisprudência do Tribunal não o chancela como prerrogativa absoluta, prevalece o entendimento de que o direito de acesso a um processo justo só pode ser limitado diante de circunstâncias excepcionais que indiquem a existência de um perigo público capaz de ameaçar a integridade nacional, observada a estrita necessidade, concretamente aferida, de garantir a inviolabilidade dos direitos intangíveis (como o direito à vida, o de não ser torturado, submetido a tratamento degradante, ou

³⁵⁰ José Antônio Farah Lopes de LIMA destaca que a norma que chancela o acesso equitativo entre os princípios basilares da Convenção tem força vinculativa para os Estados - parte e “tende a assegurar, em nome dos valores comuns e superiores aos Estados, a proteção dos interesses dos indivíduos que vivem sob a autoridade nacional, ou seja, a proteção de interesses infra-estatais”, cuja fruição não está condicionada a observância do princípio da reciprocidade. (In: *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. Leme: Mizumo, 2007, p. 29).

³⁵¹ PCU Turco c. Turquia (1998).

³⁵² Golder c. Reino Unido (1975).

³⁵³ No âmbito da Corte Europeia, desde 1998 é permitido o acesso de qualquer pessoa física, grupo de particulares ou organização não governamental para reclamar a violação dos direitos garantidos pela Convenção. A jurisprudência do Colegiado tem contribuído para a progressiva harmonização dos direitos nacionais à luz dos princípios convencionais com vista à edificação de um direito comum aos Estados contratantes.

reduzido à escravidão, o direito à irretroatividade da lei penal, incluindo o respeito à regra do *non bis in idem*)³⁵⁴.

31. A construção pretoriana focada na noção de processo equitativo como prerrogativa respaldada pelo art. 6§1, da CEDH, incorpora o tratamento do princípio da paridade de armas³⁵⁵ e do princípio do contraditório³⁵⁶.

Embora a Corte tenha reconhecido o princípio da paridade de armas como aspecto da noção mais ampla do processo equitativo formalizado perante um tribunal independente e imparcial³⁵⁷, somente na decisão *Borgers c. Bélgica (1991)* passou a visualizar como hipótese de violação ao seu conteúdo o fato de o processo se desenvolver de modo a colocar um dos interessados em posição desvantajosa³⁵⁸ e quando há vício na comunicação de atos e peças processuais³⁵⁹, especialmente, nas hipóteses em que tenham servido de fundamento para decisão adotada.

O respeito à igualdade de oportunidades, enquanto expressão da garantia do acesso à justiça, para os Juízes do TEDH, deve se materializar de forma perene, em todas as fases processuais³⁶⁰. Além de pressupor a disponibilização de todos os meios necessários aos litigantes para que possam defender os seus interesses, e de servir de justificativa para impor aos Estados a obrigação de possibilitar a participação igualitária na produção das provas³⁶¹, integra o direito das partes de serem cientificadas em qualquer momento processual³⁶², antes do pronunciamento final do julgador, do teor dos documentos apresentados e das alegações e demandas ventiladas³⁶³.

32. Acolhendo a teoria alemã do *Drittwirkung* (efeitos quanto a terceiros), a Corte confere eficácia horizontal a certos direitos fundamentais forçando a observância

³⁵⁴ *Lawless c. Irlanda (1961)*.

³⁵⁵ *Borgers c. Bélgica (1991)*.

³⁵⁶ *Niderost-Huber c. Suíça (1997)*.

³⁵⁷ *Delcourt c. Bélgica (1970)*.

³⁵⁸ Para José Antônio Farah Lopes de LIMA, “o princípio da paridade de armas consiste na possibilidade razoável para cada parte, considerando-se inclusive os litígios que opõem interesses privados, de apresentar sua causa em condições que não o coloquem em uma situação de clara desvantagem em relação ao seu oponente. Todo e qualquer desequilíbrio relativo aos direitos processuais reconhecidos às partes constitui um violação a este princípio” (*Convenção Européia de Direitos Humanos*. Leme: Mizumo, 2007, p. 179).

³⁵⁹ *Bendedoun c. França (1994)*.

³⁶⁰ *Lamy c. Bélgica (1989)*.

³⁶¹ *Bulut c. Áustria (1995)*.

³⁶² *Niderost-Huber c. Suíça (1997)* e *Montovanelli c. França (1997)*.

³⁶³ *Pelisser e Sassi c. França (1999)* e *Pellegrino c. Itália (2004)*.

do seu conteúdo tanto pelos poderes públicos, quanto pelos particulares³⁶⁴. Lança mão de um critério finalista para limitar o campo de aplicação do direito a um processo equitativo (justo) na órbita civil ao âmbito das contestações sobre direitos e obrigações de natureza privada, ou a todo procedimento cujo resultado seja determinante em relação a tais direitos e obrigações, valendo como critério decisivo para aplicação do artigo 6§1 a afetação dos direitos patrimoniais do jurisdicionado³⁶⁵.

A querela, além de apresentar ligação direta com direitos e obrigações de natureza civil, deve ser ventilada de forma concreta e séria, e incorporar tanto o debate jurídico sobre o exercício de um direito, sua extensão e modalidades, como a discussão fática correspondente.

Os Órgãos da Convenção têm conferido à expressão ‘determinação dos direitos e obrigações civis’ um sentido material que comporta a possibilidade de deliberação sobre questões fáticas ou de direito, incluindo àquelas relativas à existência, conteúdo, duração e formas de exercício ou revelação dos direitos ou obrigações postos em dúvida, desde que passíveis de reconhecimento na ordem jurídica estatal³⁶⁶.

Adotando uma visão abrangente, consideram que os direitos e obrigações de caráter civil, na forma como referenciados no Texto Convencional, devem ter o seu fundamento no direito interno e incorporar definição autônoma, teleológica e funcional³⁶⁷, passível de ser aferida caso a caso, pouco importando a natureza da lei ou o caráter das pessoas envolvidas³⁶⁸.

33. De acordo com a jurisprudência radicada no Tribunal, o direito de acesso a um tribunal compreende o direito a um processo equitativo (justo)³⁶⁹. A sua concretização ou efetivação depende da atuação material ou processual do Estado no plano econômico ou social.

³⁶⁴ X e Y c. Irlanda (1985).

³⁶⁵ König c. RFA (1978).

³⁶⁶ *Acórdãos Le Compte, Van Leuven e De Meyere*, de 23 de junho de 1981, e *Éditions Périscope*, de 26 de março de 1992.

³⁶⁷ *Acórdão König*, de 28 de junho de 1978.

³⁶⁸ A noção de acusação penal também comporta caráter autônomo e deve ser perquirida a partir do exame concreto, podendo abranger infrações administrativas ou disciplinares. A expressão processo equitativo deve ser ponderada de acordo com cada caso e “exige, como elemento co-natural, que cada uma das partes tenha possibilidades razoáveis de defender seus interesses numa posição não inferior à parte contrária, ou de outro modo, a parte deve deter a garantia de apresentar o seu caso perante o tribunal em condições que a não coloquem em substancial desvantagem face ao seu oponente” (BARRETO, Irineu Cabral. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Aequitas – Editorial Notícias, 1995, p.94).

³⁶⁹ *Golder c. Royaume-Uni* (1975).

O juiz europeu atribui ao enunciado do acesso à justiça conteúdo amplo que abrange os processos cujos resultados afetem direitos e obrigações de caráter privado³⁷⁰, ou tenham por objetivo determinar se o direito discutido é de natureza pessoal ou patrimonial³⁷¹, âmbito no qual considera inseridas as situações abrangidas pelo contencioso da função pública³⁷².

O apego ao critério da patrimonialidade tem facilitado a neutralização dos conceitos nacionais, particularmente, no que se refere à distinção entre a esfera pública e a privada. Apesar do seu pioneirismo na construção jurisprudencial sobre a questão, o TEDH em algumas situações tem se portado de modo a limitar o campo de aplicação do conteúdo do art. 6§1, para fins do que entende por matéria cível³⁷³.

Distinguindo entre direitos políticos e direitos civis, exclui da órbita de incidência do mencionado artigo as questões eleitorais³⁷⁴, os atos de natureza administrativa e discricionária e parcela do contencioso da função pública, em especial, as causas de natureza fiscal, as que dizem respeito ao serviço militar, à polícia de estrangeiros e ao direito de asilo, expulsão e deportação³⁷⁵.

34. Apoiando-se em critérios gerais e autônomos³⁷⁶, o Tribunal inclui na noção de direitos e obrigações de caráter civil os procedimentos disciplinares e o contencioso fundado no direito à segurança social.

O Colegiado emprega o mesmo método e fundamentação para incluir nesse espaço de incidência as questões referentes às contribuições sociais³⁷⁷, ao fundamento de que o fato de existir intervenção estatal na matéria é insuficiente para posicioná-la no ramo do direito público.

Valorizando a natureza subjetiva e patrimonial do direito invocado³⁷⁸, a Corte enfatiza o princípio da igualdade de tratamento para estender a aplicação do artigo 6§1 ao domínio da proteção social como um todo, encampando as prestações de auxílio-

³⁷⁰ Engel c. Países Baixos (1976) e Konig c. RFA (1978).

³⁷¹ Edições Pariscopes c. França (1992).

³⁷² Pellegrini c. França (1999).

³⁷³ Ferrazini c. Itália (2001), no qual a Corte utiliza o critério funcional.

³⁷⁴ Pierre Bloch c. França (1997).

³⁷⁵ Decisões de 7 de julho de 1950 – Queixa nº 423/58; de 19 de julho de 1968 – Queixas nºs 3435-3438/67; de 6 de fevereiro de 1969 – Queixa nº 2717/66; de 6 de maio de 1985 – Queixa nº 11068/84; de 19 de março de 1981 – Queixa nº 8118/77; e de 4 de dezembro de 1989 – Queixa nº 14688/89.

³⁷⁶ Ringensein c. Áustria (1971).

³⁷⁷ Schouten e Meldrun c. Países Baixos (1994).

³⁷⁸ Salesi c. Itália (1993).

doença e de seguro contra acidentes do trabalho (infortunística), as questões relativas às pensões³⁷⁹, aos auxílios conferidos às famílias que se ocupam de deficientes³⁸⁰ e ao licenciamento de assalariados³⁸¹.

35. Ao traçar a fronteira entre o que no âmbito do direito administrativo deva ser ou não considerado como pertinente à matéria civil, o TEDH adota como critério o caráter patrimonial do direito, em detrimento das prerrogativas discricionárias da administração³⁸², para inserir no espaço de incidência da norma em exame as contendas focadas nas autorizações administrativas³⁸³.

De maneira geral, o Juiz europeu para determinar o caráter civil de uma contestação baseia-se na natureza privada do direito em causa³⁸⁴, no balanceamento entre os aspectos de direito público e de direito privado que informam o litígio³⁸⁵ e na valorização específica da natureza patrimonial e subjetiva do direito em questão³⁸⁶.

Ainda que a legislação estatal estabeleça métodos específicos de intervenção das autoridades públicas, é possível o reconhecimento do caráter civil de um contencioso do qual participem, notadamente, quando as pretensões deduzidas revelem traços essencialmente patrimoniais não referidos às prerrogativas da administração³⁸⁷.

36. Para estabelecer a incidência de artigo 6º§1 nos litígios em que exista interesse de agentes públicos que não exerçam atribuições diretamente relacionadas com o exercício do poder público e com a salvaguarda dos interesses gerais do Estado³⁸⁸, a Corte recorre ao exame das funções e atribuições que lhe são confiadas.

É excluída do plano de incidência do citado dispositivo, por não se enquadrar ao que se entende por matéria cível³⁸⁹, o núcleo duro do direito administrativo, incluindo

³⁷⁹ Panger c. Áustria (1997).

³⁸⁰ Menitto c. Itália (2000).

³⁸¹ Delgado c. França (2000).

³⁸² José Antônio Farah Lopes de LIMA pondera que na Corte Europeia dos Direitos Humanos, “fora da função pública, as repercussões de uma decisão administrativa sobre um direito de caráter privado sempre levaram à assimilação deste direito (sob influência da decisão administrativa) a um direito de caráter cível no sentido da Convenção. Desde o momento em que o litígio coloca em questão um direito de caráter privado, pouco importa que o contencioso seja relativo à responsabilidade do poder público ou sobre a legalidade de um ato administrativo” (In: *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. Leme: Mizumo, 2007, p. 157).

³⁸³ Giancarlo Lombardo c. Itália (1992).

³⁸⁴ Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Bélgica (1981).

³⁸⁵ Feldbrugge c. Países Baixos (1986).

³⁸⁶ Edições Pariscopes c. França (1992).

³⁸⁷ Couez c. França (1998).

³⁸⁸ Satonnet c. França (1998).

³⁸⁹ Pellegrini c. França (1993).

os conflitos que envolvam questões diretamente relacionadas com o exercício do poder público e à salvaguarda dos interesses coletivos gerais do Estado ou de outras pessoas jurídicas de direito público, e os procedimentos de natureza administrativa referentes ao exercício discricionário das prerrogativas do poder público.

A Corte estende o campo de aplicação do art. 6§1 as questões de ordem constitucional suscitadas em recursos individuais diretos e em objeções prejudiciais³⁹⁰, afastando desse rol as demandas abstratas e genéricas ajuizadas por órgãos públicos perante os Tribunais Constitucionais³⁹¹.

Justifica esse entendimento na ‘imbricação’ das instâncias civis e constitucionais, na necessidade de não fragilizar a proteção dos direitos dos cidadãos, de resguardar a aplicação dos princípios de paridade de armas e do contraditório diante de uma Corte Constitucional³⁹², e de assegurar a verificação do respeito ao direito a um tribunal³⁹³.

37. O Tribunal exerce forte controle sobre as situações restritivas repudiando as violações que afetem a própria substância do direito protegido. Ao valorar as alegações de afronta a direitos fundadas na imposição de limites ao seu exercício, analisa a qualificação jurídica do fato, a relação de proporcionalidade entre a providência delimitadora e o fim perseguido³⁹⁴, e a ocorrência de tratamento diferenciado entre indivíduos posicionados em situações semelhantes³⁹⁵ sem justificativa razoável.

A Convenção atribui a cada Estado a obrigação de assegurar o exercício dos direitos e liberdades recepcionados, facultando-lhes a livre escolha das medidas que entender mais apropriadas para desincumbir-se desse dever. Exige, contudo, que haja compatibilidade entre as providências adotadas e as normas convencionais.

O controle do TEDH sobre esse poder discricionário dos Estados incide, especialmente, nas decisões que limitam o exercício dos direitos, e tem por escopo o estabelecimento de um equilíbrio sustentável entre os conteúdos das normas

³⁹⁰ Ruiz-Mateos c. Espanha (1993).

³⁹¹ Klein c. Alemanha (2000).

³⁹² Krcmar e al. c. Rep. Tcheca (2000).

³⁹³ Rodrigues Valim c. Espanha (2001).

³⁹⁴ A Corte entende que há violação ao direito de não discriminação quando “sem justificação objetiva e razoável, os Estados não aplicam um tratamento deferente a pessoas que se encontram em situações sensivelmente diferentes” (Thlimenos c. Grécia. 2000)

³⁹⁵ Salgueiro da Silva c. Portugal (1999).

convencionais de natureza comum (*standard comum*) e os teores das normas estatais de cunho particular que materializam o *standard* normativo europeu.

38. O texto convencional estabelece como condição de acessibilidade ao Órgão de controle supranacional, o esgotamento (esgotamento) das vias recursais internas, impondo ao demandante a obrigação de comprovar que interpôs, no âmbito nacional, recursos adequados, eficazes e úteis com o objetivo de debelar a violação alegada, e que neles prequestionou a violação material às normas Convencionais e Protocolares.

Ao executar o exame dos pressupostos de admissibilidade da demanda, o TEDH mira-se no fato de serem as autoridades domésticas as que melhores condições possuem para deliberar sobre os mecanismos de efetivação dos direitos³⁹⁶. Com isto, mostra-se sensível às peculiaridades jurídicas, materiais e adjetivas dos ordenamentos internos e reconhece a impossibilidade de impor soluções uniformes ou normas comportamentais de cunho geral aos Estados.

O controle da ‘margem nacional de apreciação’ é exercido com base nas noções de necessidade e proporcionalidade. Quanto mais a atuação estatal afetar direitos vinculados à intimidade, mais estrito será o exame de adequabilidade e mais reduzido será o espaço de discricionariedade. O espaço de manobra dos Estados será maior quando ausente um denominador comum aos sistemas jurídicos capaz de determinar a necessidade da medida restritiva³⁹⁷.

39. Apesar da margem de discricionariedade permitida a cada Estado-membro, as limitações ao exercício dos direitos no plano interno somente são visualizadas como compatíveis com a Convenção quando, ajustadas ao princípio convencional da preeminência do direito³⁹⁸, tenham sido incorporadas ao ordenamento nacional³⁹⁹ por intermédio de normas válidas.

Ao realizar o exame de compatibilidade a Corte adota o conceito material de lei identificando-a como o direito em vigor, seja ele legislado, regulamentar⁴⁰⁰ ou jurisprudencial. A norma, para o juiz europeu, não pode ser manejada de maneira divorciada da interpretação que a jurisprudência lhe confere, e deve congrega

³⁹⁶ Irlanda c. Reino Unido (1978).

³⁹⁷ Rasmussen c. Dinamarca (1984).

³⁹⁸ Handsyde c. Reino Unido (1976) e Malone c. Reino Unido (1984).

³⁹⁹ Kruslin c. França (1990).

⁴⁰⁰ Andersson c. Grécia (1992) e Vereinigung c. Áustria (1994).

qualificativos que a compatibilizem com o princípio da preeminência do direito que norteia e inspira a Convenção como um todo⁴⁰¹.

40. Acessibilidade e previsibilidade são visualizadas como condições de qualificação das leis, a primeira materializa-se, estritamente, na publicidade do conteúdo normativo⁴⁰², a segunda, no alcance do texto normativo. A norma deve ser enunciada de maneira a permitir ao destinatário pautar a sua conduta segundo os parâmetros nela estabelecidos e prever com nitidez e precisão os seus efeitos.

A clareza do texto normativo é aferida a partir do exame de como a seu conteúdo possibilita ao afetado pelo seu comando determinar-se com relação aos direitos e deveres que disciplina, e de como permite aos operadores do direito compreendê-lo e interpretá-lo. O grau de precisão está vinculado ao âmbito de incidência da norma, à qualidade dos seus destinatários e à natureza da disposição, notadamente, quando se trata de norma constitucional⁴⁰³.

A jurisprudência da Corte não é afinada com a ideia de rigidez normativa. O direito é concebido como categoria mutável que se adapta às transformações sociais, em virtude do que, a aplicação e interpretação das normas devem ser efetuadas com base em fórmulas mais ou menos vagas e em aspectos práticos⁴⁰⁴.

41. Para o juiz europeu, a acessibilidade ao direito e à justiça só é factível nas sociedades que adotem a democracia como modelo político⁴⁰⁵ porque somente um regime verdadeiramente democrático é capaz de assegurar a efetividade do conjunto de direitos garantidos pela Convenção como valores fundamentais associados à dignidade humana, e sintonizados com o princípio da preeminência do direito, que congrega o direito à liberdade, à segurança jurídica e a um processo equitativo⁴⁰⁶.

Na perspectiva da Corte, “a democracia não significa a supremacia constante da opinião da maioria, ela comanda um equilíbrio que assegura às minorias um tratamento justo e que evita todo abuso de uma posição dominante”⁴⁰⁷, o que lhe confere o dever de verificar, enquanto órgão de interpretação e aplicação das normas convencionais, o

⁴⁰¹ Brogan c. Reino Unido (1988).

⁴⁰² Kruslin c. França (1990).

⁴⁰³ Rekvenyl c. Hungria (1999).

⁴⁰⁴ Muller c. Suíça (1988).

⁴⁰⁵ PCU Turco c. Turquia (1998).

⁴⁰⁶ Brigan c. Reino Unido (1988), Prager e Oberschlick c. Áustria (1995).

⁴⁰⁷ Young, James e Webster c. Reino Unido (1981).

justo equilíbrio entre os interesses dos indivíduos e o interesse geral, sem descuidar das singularidades históricas nem olvidar do caráter subsidiário da Convenção relativamente aos sistemas nacionais de garantia dos direitos do homem.

42. A efetivação das garantias enumeradas pelo artigo 6§1 da Convenção que materializam o direito a um processo equitativo, para os integrantes do TEDH, demanda o reconhecimento da existência do direito de acesso a uma instância jurisdicional, compreendido como prerrogativa que autoriza qualquer pessoa provocar a instauração de processo judiciário estruturado para concretizar estas garantias e efetivar os direitos delas decorrentes⁴⁰⁸.

Na sua construção jurisprudencial, a garantia de acesso a um tribunal é revelada como direito cuja realização exige a certeza de que toda contestação possa ser levada ao conhecimento de um órgão jurisdicional, assegurando-se a todos o direito de postular e de ter acesso a instrumentos aptos para proporcionarem a instauração útil de um processo judicial, em razão do que, devem ser rechaçadas todas as normas processuais que restrinjam a capacidade jurídica das pessoas⁴⁰⁹ ou imponham objeções legais ao reconhecimento da personalidade jurídica a certas coletividades, impossibilitando-as de postularem a tutela dos seus interesses.

Considera-se igualmente ofensivo ao direito de acesso à justiça, o fato de o sistema jurídico não apresentar total transparência e garantias suficientes para que erros de interpretação a respeito das modalidades de exercício dos recursos oferecidos e das limitações decorrentes do manejo simultâneo desses recursos sejam evitados⁴¹⁰.

43. Os integrantes da Corte entendem que a extirpação dos obstáculos jurídicos não dispensa o enfrentamento das barreiras fáticas à admissão à tutela jurisdicional. A efetivação do direito de acesso demanda a atuação estatal positiva no sentido de assegurar, materialmente, o acesso aos mecanismos disponibilizados para a tutela dos direitos e a garantia da assistência jurídica de um advogado, quando for obrigatória a

⁴⁰⁸ Conquanto entenda que o direito de acesso a um tribunal não figure de forma explícita no Texto Convencional, o TEDH desde o acórdão *Golder c. Reino Unido* (1975) admite que o seu conteúdo seja deduzido do teor do artigo 6§1, e como tal, deve ser objeto de regulamentação por parte dos Estados Contratantes. Diversamente do que se verifica na CEDH, o direito de acesso a um tribunal é expressamente cancelado no artigo 14 do Pacto Internacional relativo aos direitos civis e políticos (de 19.12.1966) e no artigo 45 da Carta de Direitos Fundamentais da União Européia (de 18.12.2000).

⁴⁰⁹ *Winterwerp c. Holanda* (1979).

⁴¹⁰ *Bellet c. França* (1995). A Corte admite a renúncia ao direito de acesso, desde que formalizada e demonstrada de maneira inequívoca.

representação, ou nas ocasiões em que a complexidade do processo a torne indispensável⁴¹¹, e da atuação diligente do poder público⁴¹² no sentido de emitir as medidas administrativas essenciais para que os administrados possam demandar a tutela dos seus interesses⁴¹³.

A previsão de um direito à assistência judiciária integra o sistema de salvaguarda dos direitos garantidos pela Convenção, devendo ser efetivado de modo a fornecer ao indivíduo condições materiais para o exercício dos seus direitos, incluindo, o direito de acesso a um tribunal⁴¹⁴.

44. O tribunal ao qual se assegura o acesso do jurisdicionado deve ser constituído com órgão autônomo, cuja função primordial seja decidir sobre a concretização das normas e precedentes no âmbito de um processo previamente instituído⁴¹⁵, com poderes para exercer o completo controle da legalidade e reformar decisões proferidas por autoridades administrativas, mediante provimentos obrigatórios e insuscetíveis de serem modificadas por autoridades não judiciárias⁴¹⁶.

Não é imprescindível que o órgão julgador, no plano interno, seja qualificado como entidade jurisdicional, o importante é que se consolide como capacitado para decidir⁴¹⁷, e que as garantias previstas no artigo 6§1 sejam asseguradas em todas as instâncias julgadoras competentes para correção da violação⁴¹⁸.

Da garantia do acesso à justiça decorre o direito a uma decisão fundamentada que ponha fim ao litígio⁴¹⁹, por intermédio de um provimento específico e explícito⁴²⁰, mesmo que o reexame realizado no segundo grau de jurisdição não aprecie todas as

⁴¹¹ Airey c. Irlanda (1979).

⁴¹² Ashingdane c. Reino Unido (1985). Nas hipóteses em que a concretização do direito depende do atendimento de certas exigências, a efetividade do direito de acesso é atrelada à utilidade da medida adotada.

⁴¹³ Janosevic c. Suécia (2002).

⁴¹⁴ No acórdão Airey c. Irlanda (1979) a Corte entendeu caracterizada violação ao artigo 6§1, por ausência de um direito de acesso efetivo a um tribunal, e ao art. 8, resultante da impossibilidade da requerente ter acesso à medida jurisdicional (separação judicial), sancionando a omissão do Estado Irlandês em cumprir a sua obrigação positiva de fornecer assistência judiciária gratuita no contexto de uma ação civil.

⁴¹⁵ Sramek c. Áustria (1984).

⁴¹⁶ Van Der Hurk c. Holanda (1994).

⁴¹⁷ Quando se trata de procedimento administrativo que não se adéque às exigências convencionais, as garantias do citado dispositivo só se perfazem mediante superveniente controle jurisdicional.

⁴¹⁸ Decubber c. Bélgica (1984).

⁴¹⁹ Kutic c. Croácia (2002).

⁴²⁰ Ruiz-Torij e Hito Balani c. Espanha (1994).

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

alegações formuladas pelas partes ou se restrinja a improver ou rejeitar o recurso com base nos fundamentos do pronunciamento do primeiro grau⁴²¹.

Segundo a jurisprudência consolidada na Corte, quando as deficiências e complexidades do processo impedem o exercício de um recurso, acabam por privar o gozo do direito de acesso efetivo a um juiz⁴²².

Privilegiando o princípio da segurança jurídica, o TEDH não conhece de recursos que tenham por escopo questionar as decisões proferidas em caráter definitivo⁴²³, salvo se o óbice ao acesso teve por fundamento uma interpretação não razoável de uma condição processual relativamente à qual a parte não teve como se determinar⁴²⁴.

45. Por entender que a garantia do acesso não se enquadra como prerrogativa absoluta, especialmente, em virtude do fato de não ter recebido tal atributo na Convenção, o Tribunal permite limitações processuais à sua concretização, admitindo certa margem de discricionariedade aos Estados ao discipliná-lo⁴²⁵, desde que os limites impostos não afrontem o direito em sua essência⁴²⁶ e se aperfeiçoem norteadas por fins lícitos, legítimos e proporcionais aos objetivos almejados.

Considera-se desproporcional e ofensiva ao direito de acesso a um tribunal, a exigência de taxas elevadas a hipossuficientes não beneficiários de assistência judiciária⁴²⁷, a recusa a recebimento de apelação por falta de depósito antes de pronunciamento sobre pedido de assistência judiciária⁴²⁸, e o condicionamento da admissão do recurso ao pagamento de custas demasiado altas⁴²⁹.

A imunidade jurisdicional que Estados e certas Organizações Internacionais gozam em decorrência de dispositivos de direito internacional, somente não é considerada violadora, quando evidenciado que os sistemas jurídicos internos

⁴²¹ Garcia-Ruiz c. Espanha (1999).

⁴²² Geouffre da La Pradelle c. França (1992).

⁴²³ Sovtransauto Holding c. Ucrânia (2002).

⁴²⁴ Miragal Escolano c. Espanha (2000).

⁴²⁵ Stubbings c. Reúno Unido (1996)

⁴²⁶ Philis c. Grécia (1991).

⁴²⁷ Alt-Mouhoud c. França (1998).

⁴²⁸ Garcia-Manbardo c. Espanha (2000).

⁴²⁹ Kreuz c. Polônia (2001). A Corte entende, contudo, que a exigência de caução *pro rata* no valor do objeto litigioso como pressuposto de admissibilidade da ação não constitui afronta ao direito de acesso, (Tostoy Miloslav c. Reino Unido - 1995).

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

disponibilizam àqueles que estejam sob sua jurisdição, outros instrumentos capazes de proteger os direitos chancelados pela Convenção⁴³⁰.

46. Para o Juiz Europeu, a concretização da garantia de acesso a um tribunal requer que a justiça seja administrada de forma equânime, por órgão independente e imparcial⁴³¹. A imparcialidade decorre da certeza de que, no seu foro íntimo, o julgador não tomou partido na lide⁴³² (critério subjetivo), e da convicção da inexistência de fatos que autorizariam suspeitar a sua parcialidade (critério objetivo).

A independência diz respeito à ausência de vínculos ou de relacionamento do órgão julgador, ou seus integrantes, com as partes ou com os membros dos poderes executivo e legislativo, capaz de sugerir falta de isenção do juiz ou do colegiado na elaboração das decisões. A contestação da parcialidade depende da abrangência dos atos praticados pelo juiz e da circunstância de tais atos sugerirem um pré-julgamento do mérito da causa.

A Corte utiliza uma noção restrita de imparcialidade como filtro para admissão do questionamento sobre a isenção de ânimo do julgador não admitindo que a parcialidade seja presumida, exceto quando verificada a acumulação de funções jurisdicionais e consultivas⁴³³, ou judiciárias e legislativas⁴³⁴.

Dependendo da natureza e da extensão da decisão proferida, milita em desfavor da imparcialidade o fato de o juiz competente para decidir determinado litígio ter apreciado a mesma matéria anteriormente, ou proferido a decisão recorrida⁴³⁵.

47. O direito a uma equânime administração da justiça, além de ser reforçado pelo princípio da publicidade, é qualificado pela Corte Europeia como garantia fundamental⁴³⁶ e um dos aspectos essenciais do direito a um processo equitativo, cuja concretização possibilita maior proteção ao jurisdicionado, reforça a confiança na

⁴³⁰ Haverá, contudo, violação ao direito de acesso a um tribunal nos casos em que, a despeito da margem de discricionariedade conferida aos Estados para fixarem as condições e os prazos prescricionais para o exercício do direito de agir, permite-se o reconhecimento da prescrição num estágio avançado de um processo, desde que o atraso no ajuizamento da demanda não tenha decorrido de falta de diligência do postulante, e quando o óbice ao recebimento tempestivo de um recurso decorrer de erro cometido por servidor da justiça. Cf. Rodrigues Valin c. Espanha (2001) e Platakov c. Grécia (2001).

⁴³¹ Hauschildt c. Dinamarca (1989).

⁴³² Buscemi c. Itália (1999).

⁴³³ Procola c. Luxemburgo (1995).

⁴³⁴ Macgonnell c. Reino Unido (2000).

⁴³⁵ Oberschilck c. Áustria (1991).

⁴³⁶ Hakansson e Stureson c. Suécia (1990) e Schuler-Zraggen c. Suíça (1993).

justiça e vincula os tribunais⁴³⁷, impondo-se tanto na realização dos debates como na divulgação dos seus pronunciamentos.

Quando o processo se desenvolve perante uma única instância, o direito de ser ouvido publicamente confunde-se com o direito a uma audiência⁴³⁸. Na hipótese de os debates públicos terem ocorrido na primeira instância é possível dispensá-los na segunda ou terceira instância⁴³⁹, desde que as questões de fato e de direito e a gravidade dos efeitos da decisão não exijam o contrário⁴⁴⁰.

A publicidade da decisão não se materializa, necessariamente, com a leitura em voz alta do seu conteúdo, a mera exposição do dispositivo da decisão no Cartório do Tribunal, por intermédio de meio acessível ao público, supre satisfatoriamente o conceito de publicidade no sentido do art. 6§1⁴⁴¹, porém, quando o livre acesso ao texto integral da decisão não é plenamente viabilizado, o pronunciamento público do seu teor é obrigatório⁴⁴².

A despeito da importância que a jurisprudência lhe atribui, a Convenção não confere ao direito à publicidade o caráter absoluto, enumerando situações em que o acesso à audiência pode sofrer limitações⁴⁴³, além de admitir que os envolvidos no litígio possam abdicar expressa ou tacitamente dos debates, desde que o façam de forma inequívoca, e que não se impute a parte demandada violação a interesse público relevante⁴⁴⁴.

48. Para os componentes da Corte, o artigo 6§1 também consagra como expressão da garantia do acesso a um processo equitativo, o direito a uma decisão em um prazo razoável como mecanismo que maximiza a eficácia das decisões e confere credibilidade à Justiça⁴⁴⁵.

Na jurisprudência consagrada, o termo *a quo* para ponderação da razoabilidade do prazo, em matéria cível, é a data do ajuizamento da ação computando-se o tempo despendido para a prática do conjunto de atos procedimentais, incluindo o prazo de

⁴³⁷ Fischer c. Áustria (1995).

⁴³⁸ Allan Jacobson c. Suécia (1998).

⁴³⁹ Jan Ake Anderson (1991).

⁴⁴⁰ Ekbatani c. Suécia (1988).

⁴⁴¹ Pretto c. Itália (1983).

⁴⁴² Szucz e Werner c. Áustria (1997).

⁴⁴³ T e V c. Reino Unido (199).

⁴⁴⁴ Hakansson e Stureson c. Suécia (1990) e Schuler-Zraggen c. Suécia (1993).

⁴⁴⁵ H. c. França (1989).

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

tramitação em todas as instâncias recursais⁴⁴⁶, o período para execução da sentença⁴⁴⁷, e o eventual prazo de duração do processo perante a Corte Constitucional até decisão definitiva sobre a matéria conflituosa⁴⁴⁸.

A razoabilidade da duração do processo é aferida de acordo com as particularidades de cada caso e segundo critérios fixados na própria jurisprudência do Tribunal a partir do exame da complexidade das questões de fato e de direito suscitadas⁴⁴⁹, e da identificação das características específicas de cada situação concreta, como a pluralidade das partes, a multiplicidade de procedimentos e as dúvidas quanto à aplicabilidade das normas⁴⁵⁰.

Diversas variáveis são utilizadas para identificar os fatores que influenciam na demora da prestação jurisdicional⁴⁵¹ e para determinar, em cada caso, se processo sofreu períodos injustificados de estagnação⁴⁵². Para o Juiz europeu, o número excessivo de feitos, em regra, não constitui motivo suficiente para abonar a morosidade, à medida que a razoabilidade do tempo do processo está relacionada com as consequências da demora e à relevância dos direitos em jogo, o que justifica um controle mais incisivo nos litígios cuja excessiva duração possa acarretar danos ao direito à vida familiar⁴⁵³ ou afetar a situação profissional dos interessados⁴⁵⁴.

Para além da conduta adotada pelos litigantes no processo, o TEDH, ao deliberar sobre a alegação de morosidade na prestação jurisdicional, também examina o comportamento das autoridades judiciárias na condução do processo⁴⁵⁵ e o cumprimento, por parte Estado, do dever de organizar o funcionamento dos seus órgãos judiciais de forma a habilitá-los a responderem satisfatoriamente às exigências do artigo 6§1⁴⁵⁶.

49. Lançando mão de uma interpretação construtiva, inclui no sentido do processo equitativo a garantia do direito à execução das decisões como reflexo do dever

⁴⁴⁶ Piron c. França (2000).

⁴⁴⁷ Di Pepe e Zappia c. Itália (1996).

⁴⁴⁸ Bock c. Alemanha (1989).

⁴⁴⁹ Boddaert c. Bélgica (1992).

⁴⁵⁰ Katikaridis c. Grécia (1996).

⁴⁵¹ Muti c. Itália (1994) e Guincho c. Portugal (1984).

⁴⁵² Pelissier e Sassi c. França (1999).

⁴⁵³ Johansen c. França (1996).

⁴⁵⁴ Doustaly c. França (1998).

⁴⁵⁵ Vernillo c. França (1991).

⁴⁵⁶ Philis c. Grécia (1991).

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

dos Estados e de suas autoridades de respeitarem e obedecerem os pronunciamentos judiciais⁴⁵⁷. Apenas em circunstâncias excepcionais admite a suspensão da execução de uma decisão jurisdicional, submetendo a um controle estrito de proporcionalidade, de legalidade e de razoabilidade⁴⁵⁸ qualquer atitude limitadora do direito à tutela executória⁴⁵⁹.

Na Corte, o direito ao recurso efetivo previsto no artigo 13 da Convenção, integra o discurso jurisprudencial centrado na delimitação do conteúdo normativo do artigo 6§1, especificamente, no que respeita aos efeitos resultantes da inexistência nos ordenamentos nacionais, da previsão de um recurso que permita ao indivíduo obter a efetivação de seu direito a um processo concluído num prazo razoável.

Antes da decisão proferida no processo *Kudla c. Polónia (2000)*, o TEDH, por atribuir caráter acessório a tal prerrogativa, deixava de examinar a alegação de afronta ao artigo 13, quando constatava violação ao artigo 6§1⁴⁶⁰.

A despeito da concorrência de outros direitos de natureza equivalente, proclamados no artigo 5§4 e no próprio artigo 6§1 da Convenção, o direito a um recurso efetivo acabou por emancipar-se como direito autônomo na sua jurisprudência, passando a servir de fundamento para a contestação das ingerências estatais no exercício de outros direitos consagrados, e de razão jurídica para a vinculação dos Estados à obrigação de estatuírem recursos eficazes na prevenção e sancionamento das ofensas ao direito à tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável⁴⁶¹.

Apesar dessa relativa autonomia, a alegação de ofensa ao seu conteúdo, frequentemente é absorvida pela denúncia mais abrangente de violação ao teor do artigo

⁴⁵⁷ *Hornsby c. Grécia (1997)*, *Immobiliare Saffi c. Itália (1999)* e *Katsaros c. Grécia (2002)*.

⁴⁵⁸ *Immobiliare Saffi c. Itália (1999)*.

⁴⁵⁹ José Antônio Farah Lopes de LIMA destaca que “a obrigação de executar as decisões de justiça definitivas se impõe naturalmente e numa primeira perspectiva, aos entes particulares, pessoas físicas e jurídicas. Todavia, em caso de desrespeito por parte dos condenados judicialmente, implicitamente caberá então às autoridades públicas tomar medidas tendentes a fazer com que cumpram as decisões judiciais definitivas. A recusa ou a incapacidade das autoridades públicas de cumprir o seu dever, neste caso ou *a fortiori*, na hipótese em que as decisões de justiça são proferidas diretamente contra estas autoridades, constitui uma falta inaceitável à obrigação de executar as decisões de justiça” (*Convenção Europeia de Direitos Humanos*. Leme: Mizumo, 2007, p. 196).

⁴⁶⁰ *Pizetti c. Itália (1993)*.

⁴⁶¹ Inicialmente recusada pela comissão Europeia de Direitos Humanos - *Klas c. Alemanha (1978)* – a ideia de autonomia do direito a um recurso efetivo acabou por incorporar a jurisprudência da Corte como dever estatal de instituir mecanismo que permita ao interessado efetivamente fazer valer os direitos garantidos pela Convenção - *Costello-Roberts c. Reino Unido (1994)*, cujo esgotamento constitui pressuposto de admissibilidade da contestação individual contra a duração excessiva de um processo formulada perante a Corte. Cf. *Tomas Mota c. Portugal (1999)*.

6§1, sobretudo, nos casos em que a alegação de afronta ao artigo 13 é apoiada na vulneração do direito de acesso a um tribunal⁴⁶² e na demora da administração em executar as decisões de justiça⁴⁶³.

3.6. O direito de acesso à justiça evidenciado na jurisprudência da CIDH.

50. No âmbito das Américas a proteção dos direitos fundamentais perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) está alicerçada no reconhecimento da sua jurisdição obrigatória, da executóriedade das suas decisões no espaço doméstico dos Estados-Membros e, principalmente, na sacração da inderrogabilidade do direito ao acesso à jurisdição internacional enquanto direito fundamental⁴⁶⁴.

A concretização jurisdicional dos direitos fundamentais, na maioria dos casos, é orientada para a tutela dos direitos humanos básicos de liberdade e de igualdade, e a proteção da dignidade humana como objetivo primordial do sistema de efetivação dos direitos⁴⁶⁵.

A jurisprudência é calcada no discurso sobre as dinâmicas sociais e os instrumentos políticos, sociais, económicos, jurídicos e culturais que permitem o acesso aos bens e direitos no âmbito interno dos Estados, e privilegia bases teóricas que rechaçam a utilização de argumentos étnicos, sexuais, religiosos, territoriais ou culturais para justificar limitações e violações aos direitos fundamentais consagrados.

51. Para os integrantes da Corte, os tratados modernos sobre direitos humanos não constituem instrumentos multilaterais celebrados em função de um intercâmbio recíproco de Direitos para o benefício mútuo dos Estados contratantes, integram um conjunto especializado de normas pactícias cuja finalidade primordial é a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos.

⁴⁶² Tsikonis c. Grécia (2001).

⁴⁶³ Katsaros c. Grécia (2002).

⁴⁶⁴ Cf.: WLASIC. Juan Carlos. *Convención Americana sobre derechos humanos: anotada y concordada con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Argentina: Juris, 1995, e GOMES, Luiz Flávio e PIOVESAN, Flávia (Org.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

⁴⁶⁵ Destacando este aspecto, Pedro NIKKEN pondera que “la noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado. La sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que este, o bien tiene el deber de respetar y garantizar o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización. Estos derechos, atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer son los que hoy conocemos como derechos humanos”. (El concepto de derechos humanos. In: *Estudios Básicos de Derechos Humanos*. San José Costa Rica: IIDH, 1994).

Ao recepcionarem esses tratados, os Estados se submetem a uma ordem legal específica e assumem obrigações, não só relativamente aos outros Estados, mas, principalmente perante os indivíduos sob sua jurisdição, independentemente da sua nacionalidade⁴⁶⁶.

A CADH, como os demais tratados de direitos humanos, é dotada de mecanismos próprios de supervisão, consagra obrigações de carácter essencialmente objetivo, incorpora natureza especial que o diferencia dos tratados que regulamentam interesses recíprocos entre os Estados-Partes, e é aplicada por estes com todas as consequências jurídicas que daí derivam nas ordens jurídicas doméstica e internacional⁴⁶⁷.

Para os Juízes da Corte, a Convenção não se limita a proclamar um conjunto de direitos e liberdades cuja inviolabilidade é garantida, mas, também faz referencia às condições legais específicas nas quais é possível restringir o gozo e o exercício desses direitos e liberdades sem violá-los.

⁴⁶⁶ Opinião Consultiva OC-2/82. No Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c. Perú (2006), o Tribunal assinalou que “el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado. En la jurisdicción internacional las partes y la materia de la controversia son, por definición, distintas de las de la jurisdicción interna. Al establecer si el Estado es responsable internacionalmente por la alegada violación a los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, el aspecto sustancial de la controversia ante la Corte no es si en el ámbito interno se emitieron sentencias o resoluciones administrativas, o si se aplicaron o no determinadas disposiciones de derecho interno, en relación con las violaciones que se alega fueron cometidas en perjuicio de las presuntas víctimas de los hechos, sino si los procesos internos permitieron que se les garantizara un verdadero acceso a la justicia, conforme a los estándares previstos en la Convención Americana, para determinar los derechos que estaban en controversia”. O carácter especial dos instrumentos pactícios que disciplinam direitos humanos também foi reconhecido pela Comissão Europeia de Direitos Humanos ao firmar o entendimento de que “las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en la Convención (Europea) son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes (Austria c. Italy - Application No. 788/60, European Yearbook of Human Rights, (1961), vol. 4, pág. 140).

⁴⁶⁷ Caso Ivcher Bronstein c. Perú (1999). A respeito, a Corte Internacional de Justiça, em sua Opinião Consultiva acerca das Reservas à Convenção para Prevenção e Sanção do Delito de Genocídio, de 1951, ponderou que “en este tipo de tratados, los Estados contratantes no tienen intereses propios; solamente tienen, por encima de todo, un interés común: la consecución de los propósitos que son la razón de ser de la Convención”. O TEDH, no Caso Irlanda c. Reino Unido (1978), decidiu que “a diferencia de los tratados internacionales del tipo clásico, la Convención comprende más que simples compromisos recíprocos entre los Estados Partes. Crea, por encima de un conjunto de compromisos bilaterales, mutuos, obligaciones objetivas que, en los términos del Preámbulo, cuentan con una garantía colectiva”. Da mesma forma, no caso Soering c. Reino Unido (1989), declarou que a CEDH “debe ser interpretada en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de derechos humanos y libertades fundamentales, y que el objeto y fin de este instrumento de protección de seres humanos exigen comprender y aplicar sus disposiciones de manera que haga efectivas y concretas aquellas exigencias”

52. O entendimento respaldado é no sentido de que a proteção dos direitos humanos reconhecidos na Convenção, parte da afirmação da existência de certos atributos invioláveis da pessoa humana que não podem ser legitimamente desconsiderados pelos Estados, exige que os atos estatais que os afetem não configurem arbítrio do poder público, sejam proclamados por normas elaboradas pelo poder legislativo ou materializadas em precedentes jurisdicionais, em conformidade com o processo estabelecido na Constituição⁴⁶⁸, e tenham por fundamento razões de interesse geral adotadas em função do bem comum⁴⁶⁹.

Para o Juiz interamericano, os direitos humanos devem ser respeitados e garantidos por todos os Estados por ser inquestionável o fato de que toda pessoa tem atributos inerentes a sua dignidade, que são invioláveis e o fazem titular de direitos fundamentais que não se podem desconhecer, e suplantam o poder do Estado qualquer que seja a sua organização política.

Para os integrantes da Corte, o texto convencional não faz referência à possibilidade de suspensão de garantias em sentido absoluto, de maneira a tornar inadmissível a limitação de garantias judiciais indispensáveis à promoção dos direitos e liberdade⁴⁷⁰, e impor que a interpretação do artigo 27.2, que trata da suspensão das garantias, seja baseada na boa-fé e nas finalidades da CADH.

Para eles, tanto os instrumentos pactícios internacionais como a jurisprudência das Cortes internacionais estabelecem que aos Estados incumbe respeitar e garantir a efetivação dos direitos fundamentais, e com esse propósito, adotar medidas positivas

⁴⁶⁸ Consolidou-se o entendimento de que “la reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos” (Opinião Consultiva OC-6/86).

⁴⁶⁹ Na Opinião Consultiva OC-5/85 os Membros do Tribunal assinalaram que é possível “entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana”.

⁴⁷⁰ São catalogados como garantias todos os mecanismos que “sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia”. Opinião Consultiva OC-8/87 (1987).

para sua concretização, disponibilizando às pessoas que se encontrem sob sua jurisdição os mecanismos necessários para o exercício dos seus direitos, evitando tomar iniciativas que limitem a sua concretização, e suprimindo medidas e práticas que os restrinjam ou vulnerem.

53. O Texto Convencional incorpora o princípio da efetividade dos instrumentos processuais destinados a garantir a realização dos direitos que consagra, do qual resulta para os Estados-Partes, além do dever de organizar o seu aparato governamental de modo a assegurar o exercício pleno dos direitos fundamentais, a obrigação de subministrar às vítimas de violações⁴⁷¹, de acordo com as regras do devido processo legal, meios eficientes⁴⁷² para bloquear condutas vulneradoras e reparar os danos delas decorrentes.

A proteção outorgada pelos artigos 8º e 25 da CADH, atribui aos Estados o dever de cancelar e respeitar os direitos e liberdades da pessoa humana, bem como proteger e assegurar seu exercício mediante a disponibilização de meios idôneos para que os mesmos sejam efetivos em todas as circunstâncias.

A CIDH qualifica como direito humano a prerrogativa do jurisdicionado de obter todas as garantias que permitam o alcance de decisões justas administrativas ou judiciais⁴⁷³. Concebe-se que tanto o *corpus iuris* dos direitos e liberdades como as suas

⁴⁷¹ Para os Juízes da Corte, “a inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.” (Opinião Consultiva OC-9/87 - 1987).

⁴⁷² Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras (1987); Caso Abrill Alosilla y Otros c. Peru (2011).

⁴⁷³ No Caso Baena Ricardo e outros c. Panamá (2001) restou consignado que a Convenção impõe aos “Estados Partes la obligación general de adecuar su derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos consagrados en ésta. Las disposiciones de derecho interno que sirvan a este fin han de ser efectivas (principio del *effet utile*), lo que significa que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido”. (...) No proceso “se deben observar todas las formalidades que sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, ou seja, as “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial.” Conferir, ainda: Caso Comunidad indígena Yakye Axa c. Paraguay (2005).

garantias, constituem conceitos inseparáveis do sistema de valores e princípios que informam toda sociedade democrática⁴⁷⁴.

Da obrigação geral dos Estados de respeitar e assegurar a concretização dos direitos fundamentais resulta o dever de inserirem em seus ordenamentos jurídicos, a garantia de que toda pessoa tenha acesso⁴⁷⁵, sem restrição alguma, a um recurso efetivo que possibilite a determinação e tutela dos seus direitos⁴⁷⁶.

A responsabilidade internacional do Estado é reconhecida como princípio básico para o sancionamento de condutas que vulnerem a sua obrigação de garantir o livre e pleno exercício dos direitos cancelados pela Convenção, sobretudo, o de ser ouvido em um prazo razoável, àqueles que se encontrem sob sua jurisdição, mediante a viabilização de recursos judiciais efetivos e aptos para o restabelecimento do direito violado ou a reparação dos danos suportados, de acordo com as regras do devido processo legal⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ Opinião Consultiva OC-17/2002 (2002). Ao apreciar o Caso Claude Reyes y otros c. Chile (2006), a Corte assinalou que “el Estado debe garantizar que, ante la denegatoria de información bajo el control estatal, exista un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo que permita que se determine si se produjo una vulneración del derecho del solicitante de información y, en su caso, se ordene al órgano correspondiente la entrega de la información. En este ámbito, dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta que la celeridad en la entrega de la información es indispensable en esta materia. De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 2 y 25.2.b) de la Convención si el Estado Parte en la Convención no tiene un recurso judicial para proteger efectivamente el derecho tiene que crearlo”. Verificar, también: Caso Salvador Chiriboga c. Ecuador (2008), e Caso del Penal Miguel Castro c. Peru (2006).

⁴⁷⁵ Os integrantes da Corte Interamericana visualizam o acesso à justiça como “un derecho de todas las personas, por encima del derecho a la vida, condición para que existan los restantes, sino lo destaca como exigencia para que los otros sean practicable cuando se hallan en riesgo, se les desconoce o son atacados, es decir, para que se trasladen del aura de las buenas declaraciones a la inmediata realidad de la existencia. Por la puerta que brinda acceso a la justicia discurre la defensa de todos los derechos: he aquí un supuesto del goce y el ejercicio, requisito de vitalidad (...), de facultades, libertades y prerrogativas. El acceso a la justicia suele tropezar con infinidad de obstáculos. Unos tienen que ver con la existencia misma de medios legales para reclamar el interés o el derecho y exigir la obligación correspondiente; otros, con la legitimación para emprender este camino; algunos vinculados con los anteriores con la representación en juicio; no pocos, con las condiciones, exigencias y laberintos del proceso; y más de algunos con la duración inmoderada del enjuiciamiento - o más ampliamente del procedimiento conducente al goce y ejercicio del derecho cuestionado, duración que puede convertirse en denegación de justicia. Lo asegura un popular aforismo: “justicia retardada es justicia denegada”. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay (2006).

⁴⁷⁶ Ainda no Caso Baena Ricardo e otros c. Panamá (2003) foi assentado que, “para satisfacer el derecho de acceso a la justicia, no es suficiente con que en el respectivo proceso o recurso se emita una decisión definitiva, en la cual se declaren derechos y obligaciones o se proporcione la protección a las personas. Además, es preciso que existan mecanismos efectivos para ejecutar las decisiones o sentencias, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados. La ejecución de tales decisiones y sentencias debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso a la justicia, entendido éste en sentido amplio, que abarque también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva. Lo contrario supone la negación misma de este Derecho”.

⁴⁷⁷ Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras. (1987); Caso del Penal Miguel Castro c. Peru (2006) e Caso Albán Cornejo e Outros c. Equador (2007).

54. A efetividade dos direitos pressupõe a existência formal de recursos aptos para produzirem respostas eficazes e satisfatórias às vulnerações de direitos recepcionados na Convenção, nas Constituições e nas leis⁴⁷⁸.

O Tribunal não considera efetivos os recursos que se revelam inúteis em virtude da carência de meios domésticos de execução das decisões⁴⁷⁹, e da configuração de um quadro de inequívoca denegação de justiça⁴⁸⁰ resultante, inclusive, da inépcia do processo para viabilizar pronunciamento judicial idôneo e capaz de promover a eficiente tutela dos direitos⁴⁸¹.

Para que seja possível afirmar a existência de um recurso efetivo não basta a sua inclusão no Texto Constitucional ou na legislação infraconstitucional, é necessário que, além da garantia do acesso aos meios de tutela dos direitos, as vias disponibilizadas se aperfeiçoem aptas para provocarem o exame *in concreto* da alegação de afronta a direito, bem como para produzir provimento capaz de remediar a violação ao seu conteúdo⁴⁸².

⁴⁷⁸ Caso Tribunal Constitucional c. Perú. (2001); Opinión Consultiva OC-9/87.

⁴⁷⁹ Ao julgar o Caso Yatama c. Nicaragua (2005), o Tribunal sustentou que “el principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en muchos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico”.

⁴⁸⁰ Caso Ivcher Bronstein c. Peru. (2001); Caso Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) c. Peru (2009).

⁴⁸¹ No Caso Baena Ricardo y Otros c. Panamá. (2003), a Corte definiu: “aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el órgano jurisdiccional carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión”. Ver, ainda, o Caso “Cinco Pensionistas” c. Peru (2003).

⁴⁸² Na Opinião Consultiva sobre a suspensão das garantias judiciais em estados de emergência, formulada pela República Oriental do Uruguai, os Juizes da Corte consignaram que “não pode considerar-se efetivos aqueles recursos que, pelas condições gerais do país ou incluso pelas circunstâncias particulares de um caso dado, resultem ilusórios. Eles podem ocorrer, por exemplo, quando sua inutilidade tenha ficado demonstrada pela prática porque o Poder Judiciário carece de independência necessária para decidir com imparcialidade ou porque faltem os meios para executar suas decisões, por qualquer outra situação que configure um quadro de denegação da justiça como sucede quando se incorre em atraso injustificado da decisão, ou por qualquer causa, não se permita ao presuntivo lesado o acesso ao recurso judicial”. Aiston Henrique de SOUSA lembra que “a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem dado ao artigo 25 da Convenção um interpretação muito ampla, de modo a abranger não apenas uma forma de efetividade de direitos fundamentais, mas o reconhecimento do próprio processo equitativo como instrumento de defesa de direitos subjetivos como um direito fundamental” (In: A Garantia do Acesso à Justiça na Corte Interamericana de Justiça e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Lisboa: Universidade de Lisboa –

Os integrantes da Corte têm tachado de ilusórios os recursos notoriamente desprovidos de utilidade prática. Incluem nesse rol os recursos inacessíveis aos presumíveis lesionados, àquelas cujos órgãos judiciais competentes para apreciá-las não ostentam independência para decidirem com imparcialidade ou carecem de meios estruturais capazes de possibilitarem a execução dos seus julgados em tempo razoável⁴⁸³.

55. A concretização do direito de acesso à justiça encampa a proteção igualitária e efetiva da lei, a disponibilização de todos os instrumentos necessários para a tutela dos direitos e a composição dos conflitos, e requer que a solução das controvérsias se produza em tempo razoável⁴⁸⁴.

Entende-se que o princípio de igualdade ou da não discriminação possui um caráter fundamental para a salvaguarda dos direitos tanto no plano internacional como no espaço doméstico. A noção de igualdade respaldada na jurisprudência da CIDH é inseparável da concepção de dignidade da pessoa humana, de modo a tornar incompatível com o sistema de proteção dos direitos o tratamento privilegiado de uma classe⁴⁸⁵ a partir da atribuição de superioridade a determinado grupo, do tratamento hostil a certas pessoas ou da negação dos seus direitos por considerá-las inferiores⁴⁸⁶.

Faculdade de Direito – *Relatório da Disciplina Direitos Fundamentais no Curso de Doutorado em Ciência Jurídicas*, 2006, p. 45).

⁴⁸³ Caso Ivcher Bronstein c. Peru (2001). Este posicionamento harmoniza-se com a ideia de que a CADH ocupa-se da efetividade da atuação judiciária, elencando como aspectos intrínsecos da sua materialização a simplicidade e a rapidez na prestação da tutela pleiteada, e impondo ao órgão estatal, mesmo nas situações onde autoridades públicas figurem como acusadas de violações, o dever de emitir provimento decisório passível de ser cumprido ou executado.

⁴⁸⁴ Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros c. Trinidad y Tobago (2002); e Caso Myrna Mack Chang c. Guatemala (2003).

⁴⁸⁵ Opinião Consultiva OC-18/03 (2003). A respeito, a Corte Europeia de Direitos Humanos pontificou: “Es importante, entonces, buscar los criterios que permitan determinar si una diferencia de trato, relacionada, por supuesto, con el ejercicio de uno de los derechos y libertades establecidos, contraviene el artículo 14 (art.14). Al respecto, la Corte, siguiendo los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos, ha sostenido que el principio de igualdad de trato se viola si la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con el propósito y los efectos de la medida en consideración, tomando en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho establecido en la Convención no sólo debe buscar un fin legítimo; el artículo 14 (art.14) se viola igualmente cuando se establece de manera clara que no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se busca llevar a cabo. (...) En su intento de encontrar en un caso concreto si ha habido o no una distinción arbitraria, la Corte no puede hacer caso omiso de los aspectos jurídicos y fácticos que caracterizan la vida de la sociedad en el Estado que, como Parte Contratante, tiene que responder por la medida en discusión. Al hacerlo, no puede asumir el papel de las autoridades nacionales competentes, ya que perdería de vista la naturaleza subsidiaria de la maquinaria internacional de aplicación colectiva establecida por la Convención. Las autoridades

56. A garantia de um processo justo e equitativo é posicionada na jurisprudência da Corte como um dos pilares básicos do Estado de Direito e concretiza-se com a efetividade do direito fundamental a um recurso simples e rápido⁴⁸⁷, ou a qualquer outro recurso efetivo perante os tribunais competentes, apto a amparar os indivíduos contra os atos que violem os seus direitos.

A justiça é realizada por intermédio do devido processo legal que materializa o direito que toda pessoa tem de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, e previamente instituído pela lei⁴⁸⁸.

A inefetividade do processo, na jurisprudência da CIDH, consubstancia inequívoca negação do acesso à justiça capaz de configurar violação estatal à obrigação geral de observância das normas convencionais que cominam aos Estados o dever de garantir aos seus jurisdicionados um processo rápido e eficaz⁴⁸⁹.

nacionales son libres de elegir las medidas que consideren apropiadas en las materias sometidas a la Convención. El análisis de la Corte se limita a la conformidad de dichas medidas con los requisitos de la Convención”. (Case Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium c. Belgium - 1968).

⁴⁸⁶ O Comitê de Direitos Humanos da ONU definiu a discriminação como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas” (O.N.U. - Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37). A Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos estabeleceu que a realização dos princípios da igualdade e da não discriminação pressupõe “que los ciudadanos deben ser tratados justamente en el sistema legal y que se les debe garantizar un trato igual ante la ley así como el disfrute por igual de los derechos disponibles para todos los demás ciudadanos. El derecho a la igualdad es muy importante debido a una segunda razón. La igualdad o la falta de ésta afecta la capacidad del individuo de disfrutar de muchos otros derechos”. African Commission of Human and Peoples Rights, Communication N° 211/98 - Legal Resources Foundation c. Zambia (2001).

⁴⁸⁷ No caso Consultivo sobre as garantias judiciais em Estado de emergência proposto pela República Oriental do Uruguai, a CIDH firmou entendimento de que a “ocorrência de atraso injustificado na decisão configura um quadro de denegação de justiça, e que a supressão dessa garantia não se justifica mesmo no caso de resguardo da segurança do Estado”.

⁴⁸⁸ Entendem os integrantes da Corte que “para que exista devido proceso legal es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados”. Opinión Consultiva n° OC-16/99 (1999)

⁴⁸⁹ A CIDH, ao decidir o caso *Ximenes Lopes c. Brasil* (2006), ponderou que “el artículo 25.1 de la Convención establece la obligación de los Estados de garantizar a todas las personas bajo su jurisdicción

57. Processo efetivo, para o Juiz interamericano, é aquele que possibilita o rápido esclarecimento dos fatos, a apuração da verdade, a punição dos responsáveis e a reparação ou compensação dos danos suportados pelo ofendido na exata extensão da ofensa, e que se materializa capaz de aparelhar o direito a uma tutela jurisdicional tempestiva que possibilite ao ofendido, sem deixar de lado as garantias processuais do contraditório e da ampla defesa, a justa punição dos responsáveis pela violação e a equânime reparação dos danos suportados⁴⁹⁰.

Para atingir os seus escopos, o processo deve viabilizar a equalização das desigualdades e possibilitar a chancela de medidas que auxiliem na redução ou na eliminação dos obstáculos à defesa dos interesses⁴⁹¹. Para os juízes da Corte, se não existirem meios de compensação, dificilmente poderá afirmar-se que aquele se encontra em situação de desvantagem desfrutou de um verdadeiro acesso à justiça e se beneficiou de um devido processo legal em condições de igualdade com quem não enfrenta desvantagens⁴⁹².

un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. No basta con la existencia formal de los recursos, sino que éstos deben ser efectivos, es decir, deben ser capaces de producir resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en La Convención. La existencia de esta garantía constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática, en el sentido de la Convención. El recurso efectivo del artículo 25 de la Convención debe tramitarse conforme a las normas del debido proceso establecidas en el artículo 8 de ese tratado”

⁴⁹⁰ Ao julgar o caso Loayza Tamayo c. Perú (1997), a Corte asseverou que “el artículo 25 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, obliga al Estado a garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia y, en particular, a un recurso rápido y sencillo para lograr, entre otros resultados, que los responsables de las violaciones de los derechos humanos sean juzgados, y para obtener una reparación por el daño sufrido. (...) Dicho artículo guarda relación directa con el artículo 8.1 de la Convención Americana que consagra el derecho de toda persona a ser oída con las garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos o de cualquier naturaleza.

⁴⁹¹ O TEDH ao deliberar sobre o direito a um processo equitativo tem assinalado que, enquanto expressão do direito de “acceso a la protección judicial, sería ilusorio si el sistema legal de los Estados Partes permitiese que una resolución final y de obligatorio cumplimiento permanezca inoperante en detrimento de una de las partes [involucradas en un proceso]. Sería inconcebible que el artículo 6 para. 1 (art. 6-1) describiese en detalle todas las garantías procesales con que cuentan los litigantes - procedimientos justos, públicos y rápidos- sin proteger la implementación de decisiones judiciales; construir el artículo 6 (art. 6) refiriéndolo únicamente al acceso a la justicia y al desarrollo de los procedimientos probablemente daría lugar a situaciones incompatibles con el principio de "estado de derecho" que los Estados Partes se comprometieron a respetar cuando ratificaron el Convenio. Conferir: Caso Golder c. United Kingdom (1975), Caso Hornsby c. Greece (1997), Caso Popov c. Moldova (2005), Caso Assanidze c. Georgia (2004), Caso Jasiúniene c. Lithuania (2003), e Caso Burdov c. Russia (2002).

⁴⁹² Para a Corte, os Estados devem suprimir dos seus ordenamentos jurídicos “las disposiciones que pudiesen dar lugar, de una u otra manera, a la imposición de tasas de justicia y al cálculo de honorarios que, por ser desmedidas y excesivos, impidieran el cabal acceso a la justicia. Y a su vez adopte el conjunto de medidas tendientes para que la tasa de justicia y el cobro de honorarios no se transformen en

A CIDH entende que a aplicação do artigo 8º da CADH não se limita aos recursos judiciais em sentido estrito⁴⁹³. Para os seus integrantes, ao assegurar o acesso às garantias judiciais, a Convenção também se refere ao conjunto de requisitos que devem ser observados nas instâncias processuais⁴⁹⁴ a fim de que as pessoas possam se defender adequadamente de qualquer ato estatal capaz afetar os seus direitos.

Conquanto o dispositivo não especifique as garantias básicas ou as matérias que concernem à determinação dos direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza, as prerrogativas mínimas especificadas no número 2 do preceito, também se aplicam aos conflitos que tenham por objeto direitos respaldados nessas dimensões⁴⁹⁵.

58. Para os componentes do Tribunal, tanto os órgãos jurisdicionais como aqueles que exerçam funções materialmente jurisdicionais têm o dever de adotar decisões justas, fundadas no respeito pleno às garantias do devido processo estabelecidas no artigo 8º da Convenção. Toda pessoa tem o direito de ser ouvido por um juiz ou Tribunal competente para a determinação dos seus direitos, inclusive nas situações resultantes de deliberações de autoridades não judiciais.

Entendem que um dos principais objetivos da separação dos poderes públicos é, precisamente, a garantia da independência dos juízes. O julgador deve atuar sem qualquer influencia aliciante, pressão, ameaça ou intromissão, direta ou indireta⁴⁹⁶, e mover-se, exclusivamente, calcado no direito. O interesse público que informa as atividades que desenvolve o posiciona em um umbral diferente de proteção, em virtude do que a sua imparcialidade é presumida, ao menos que exista prova robusta em contrário.

O dever de motivar as decisões revela-se como garantia vinculada à correta administração da justiça que outorga credibilidade às decisões jurídicas⁴⁹⁷. Estima-se que, para satisfazer o direito de acesso a um recurso efetivo, não é suficiente a emissão de decisões definitivas que incorporem medidas de proteção dos direitos dos

obstáculos para hacer efectivo los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en la Convención Americana”. Caso Cantos c. Argentina (2002).

⁴⁹³ Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú (2001).

⁴⁹⁴ Opinión Consultiva OC-9/87.

⁴⁹⁵ Opinião Consultiva OC-11/90 (1990).

⁴⁹⁶ Piersack c. Belgium (1982) e Cubber c. Belgium (1984).

⁴⁹⁷ Para os membros do Tribunal a motivação “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez c. Ecuador (2007).

demandantes⁴⁹⁸, é preciso que existam mecanismos eficazes para proteger efetivamente os direitos declarados⁴⁹⁹, possibilitar a execução das sentenças e o respeito à obrigatoriedade da coisa julgada como elementos indissociáveis do direito a um recurso⁵⁰⁰.

59. A efetivação da tutela judicial pressupõe que os procedimentos de execução sejam acessíveis às partes, sem obstáculos ou demoras indevidas, e produzam resultados rápidos, eficazes e plenos. As disposições que regem os mecanismos de tutela

⁴⁹⁸ Caso Baena Ricardo y otros (2003).

⁴⁹⁹ A CIDH encampa o entendimento consolidado no TEDH no sentido de que direito à proteção judicial é ilusório se o ordenamento jurídico interno permite que uma decisão judicial definitiva e obrigatória permaneça ineficaz em detrimento de uma das partes. Conferir: *Antoneeto c. Italy* (2000); *Immobiliare Saffi c. Italy* (1993), e *Hornsby c. Greece* (1997). Conforme jurisprudência dominante, em um ordenamento baseado no princípio do Estado de Direito, todas as autoridades públicas dentro do marco das suas competências devem obedecer as decisões judiciais, assim como dar impulso e execução às mesmas sem opor obstáculos ao sentido e alcance dos seus comandos, nem retardar indevidamente sua execução.

⁵⁰⁰ Antonio Augusto Cançado TRINDADE ao proferir seu voto no caso *Acevedo Jaramillo y Otros c. Perú* ponderou que “la ejecución de la sentencia forma parte del proceso - del debido proceso - y, por ello, los Estados deben garantizar que tal ejecución se realice dentro de un plazo razonable”. Conclui: “Tampoco sería de más recordar - distintamente de lo que tiende a pensar o suponer los procesalistas tradicionales - que el proceso no es un fin en si mismo, sino un medio para la realización de la justicia. Hay una gran distancia entre la justicia formal y la material, que es, ésta última, la que tengo siempre presente en mis razonamientos. Más que esto, sostengo que el cumplimiento de la sentencia forma parte del propio derecho de acceso (*lato sensu*) a la justicia, entendido éste como el derecho a la prestación jurisdiccional plena, incluida ahí la fiel ejecución de la sentencia. El cumplimiento de las sentencias es, pues, un elemento constitutivo del propio derecho de acceso a la justicia, así ampliamente concebido, dando expresión a la vinculación entre las garantías judiciales y la protección judicial, bajo los artículos 8 y 25, respectivamente, de la Convención Americana. Es ésta la hermenéutica que mejor se coaduna con la propia jurisprudencia de esta Corte. Hace no más que una semana, en su Sentencia en el caso *López Álvarez versus Honduras* (del 01.02.2006), la Corte Interamericana afirmó claramente que “el derecho de acceso a la justicia implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable; una demora prolongada puede llegar a constituir, por si misma, una violación de las garantías judiciales” (par. 128). A ese significativo *obiter dictum*, se puede agregar la consideración de la Corte, en su ya célebre Opinión Consultiva n. 16, sobre El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal (del 01.10.1999), en el sentido de que “en opinión de esta Corte, para que exista 'debido proceso legal' es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables” (párr. 117). (...) La denegación de justicia puede presentarse de modo multiforme sin dejar de caracterizarse como tal, - como señalé en estudios al respecto publicados en fines de la década de setenta (cf. A.A. Cançado Trindade, “Denial of Justice and Its Relationship to Exhaustion of Local Remedies in International Law, 53 *Philippine Law Journal* - University of the Philippines (1978), n. 4, pp. 404-420; A.A. Cançado Trindade, “A Denegação de Justiça no Direito Internacional: Doutrina, Jurisprudência, Prática dos Estados”, 62 *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal* - Brasília (1979) pp. 23-40). A mi juicio, en toda probabilidad, cuando se viola el artículo 25 de la Convención Americana no se habrá dado cabal cumplimiento a las garantías judiciales del artículo 8 de la Convención Americana. Es ésta la hermenéutica que me parece conllevar a la mayor protección. El debido proceso implica que, una vez determinado el derecho mediante una decisión final de la autoridad judicial o tribunal (nacional) competente, esa decisión se haga *efectiva* mediante su fiel ejecución. Lo contrario haría nugatorio el derecho declarado, como claramente aconteció en el presente caso *Acevedo Jaramillo y Otros versus Perú*, en que, durante muchos años, el Estado demandado no dio cumplimiento efectivo a las sentencias de amparo favorables a las víctimas. Esta violación debe tener consecuencias en la determinación de las reparaciones a partir del inicio de los hechos lesivos a los derechos de las víctimas”.

jurisdicional devem ser formuladas de maneira a possibilitar a execução específica das sentenças, mediante a garantia do caráter vinculante e obrigatório das decisões proferidas em última instância e o bloqueio às interferências dos outros poderes estatais.

Ao deliberar sobre a razoabilidade do tempo de tramitação do processo, a Corte leva em consideração a natureza da causa, a postura processual do interessado, a conduta das autoridades judiciais e as particularidades decorrentes da situação jurídica das pessoas envolvidas no processo. Para tanto, chancela o entendimento respaldado pelo TEDH, segundo o qual o processo deve ser adequadamente acessível, suficientemente preciso e previsível⁵⁰¹.

Para além de analisar a complexidade da causa e a conduta processual das partes e das autoridades estatais durante o trâmite processual, procede a um exame global do procedimento avaliando se a distribuição do tempo no curso do processo foi racional, ou seja, se todas as etapas processuais foram cumpridas dentro de um lapso temporal razoável e condizente com os precedentes e com a legislação vigente no Estado demandado⁵⁰², levando em consideração o grau de satisfação dos litigantes, a natureza dos direitos e interesses disputados e as especificidades de cada processo⁵⁰³.

Considera, ainda, que a ausência de expressa previsão legal no ordenamento jurídico interno, do direito à solução do processo em um prazo razoável, não isenta o Estado do dever de guardar obediência a este princípio por força da cláusula geral estampada nos artigos 1.1 e 2.1 da Convenção⁵⁰⁴.

⁵⁰¹ Caso López Mendonza c. Venezuela (2011).

⁵⁰² No julgamento do caso *Genie Lacayo c. Nicaragua* (1997) a Corte pontificou que o exame da razoabilidade do tempo do processo deve ter por base os elementos invocados pelo Tribunal Europeu, ou seja, a complexidade da matéria em questão, o comportamento processual dos interessados e a conduta das autoridades judiciais, aferidos a partir da análise global do procedimento.

⁵⁰³ José Joaquim Gomes CANOTILHO adverte, porém, que a “aceleração da proteção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recurso, supressão de instâncias excessivas) pode conduzir a uma justiça pronta, mas materialmente injusta”. (In: *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 499).

⁵⁰⁴ A Corte, neste particular, recepciona o entendimento respaldado por Cançado Trindade, bem delineado no julgamento do caso *Massacre de Pueblo Bello c. Colômbia* (2006), quando assinalou que, se os tratados internacionais de direitos humanos criam obrigações para os Estados frente aos indivíduos, não importa se os mesmos foram ou não internalizados mediante o procedimento específico de cada país, posto que “al ratificar los tratados de derechos humanos, los Estados Partes contraen, a la par de las obligaciones específicas relativas a cada uno de los derechos protegidos, la obligación general de adecuar su ordenamiento jurídico interno a las normas internacionales de protección”.

4. Acesso ao direito e à justiça: Problema prático na estabilização do Estado nacional contemporâneo.

1. A habilitação de direitos individuais como reflexos das prerrogativas fundamentais decorrentes da dignificação da condição humana, nos ordenamentos jurídicos do ocidente, não constitui evento recente.

A instrumentalização de vias oficiais que permitam ao cidadão perseguir a tutela dos seus direitos estabilizou-se como resultado da chancela estatal do direito de acesso à jurisdição, enquanto prerrogativa que congrega o direito à viabilização de condições que habilitem qualquer pessoa a demandar tutela estatal e à disponibilização de instituições suficientemente aparelhadas para prestarem tutela jurisdicional satisfatória e eficiente.

A sacração do acesso ao direito e à justiça como direito qualificado pela nota da fundamentalidade, no ocidente, revelou-se como resposta crítica à evolução social, jurídica e política do Estado detentor do monopólio da administração da justiça, e como expressão de uma filosofia política fundada na consecução da igualdade⁵⁰⁵ e no desenvolvimento das prerrogativas de cada cidadão de modo a assegurar-lhes o pleno conhecimento dos seus direitos, e o direito à efetiva concretização das vantagens deles resultantes, seja pela atuação jurisdicional ou por intermédio de políticas públicas e da intervenção legislativa⁵⁰⁶.

⁵⁰⁵ Boaventura de Sousa SANTOS chama a atenção para o fato de que a função política geral do Estado “consiste em dispersar as contradições sociais e as lutas que elas suscitam” a fim de compatibilizar as tensões e as limitações estruturais impostas pelo processo de acumulação e pelas relações de produção. Para ele, a legalidade capitalista apresenta três componentes estruturais básicos: a retórica, baseada “na produção da persuasão e adesão voluntária através da mobilização do potencial argumentativo de sequências e artefactos verbais e não verbais, socialmente aceites”, a burocracia, arrimada na “imposição autoritária através da mobilização do potencial demonstrativo do conhecimento profissional, das regras formais gerais, e dos procedimentos hierarquicamente organizados”, e a violência, baseada no uso ou ameaça de coerção. Sustenta que a articulação dessas estruturas revela que “a questão do acesso ao direito não pode ser considerada em termos monolíticos precisamente porque, o acesso varia segundo as diferentes combinações entre as três estruturas (...). A ampliação do acesso num campo jurídico dominado pela retórica pode ser acompanhada, seguida ou compensada pela redução do acesso num campo jurídico dominado pela burocracia ou pela violência. E se o último campo corresponder ao núcleo central da dominação política terá de se concluir que, em termos globais, a ampliação do acesso redundará, de facto, numa redução do acesso”. (O Direito e a Comunidade: As Transformações Recentes da Natureza do Poder do Estado nos Países Capitalistas Avançados. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 10, pp. 09-39, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, dezembro 1982, pp.12,13 e 21).

⁵⁰⁶ A plenitude do acesso à justiça em qualquer realidade jurídica depende do grau de conhecimento que os destinatários das normas tenham sobre os direitos, só quem conhece os seus direitos tem condições de usufruir das vantagens decorrentes da sua efetivação.

4.1. A eficácia doméstica das normas convencionais que chancelam o direito de acesso à justiça como direito humano.

2. A sagração de enunciados que referendam o acesso à justiça como direito humano fundamental nas normas convencionais que integram os sistemas internacional e comunitário de proteção dos direitos, não induz à sua imediata eficácia normativa⁵⁰⁷ no âmbito doméstico dos Estados pactuantes.

No plano europeu a preeminência dos princípios relativos aos direitos e liberdades fundamentais foi reafirmado no artigo 3º do Estatuto do Conselho da Europa, de 5 de maio de 1949, como pano de fundo para a formalização da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais que entrou em vigor em 3 de setembro de 1953. Tal intenção somente foi reproduzida nas Américas com a celebração da Convenção Americana dos Direitos do Homem, de 22 de novembro de 1969.

Em ambos os continentes manteve-se problemático o confronto entre o Direito Constitucional e as Convenções, nomeadamente, no que diz respeito ao *status* jurídico conferido às normas pactícias recepcionadas pelos ordenamentos nacionais⁵⁰⁸.

4.1.1. O paradigma lusitano e as peculiaridades europeias.

⁵⁰⁷ Para maior imersão nos problemas resultantes dos processos de integração regional na efetivação dos direitos fundamentais e na capacidade dos Estados de assegurar a sua concretização, verificar: CAMPOS, Eduardo Nunes. *O lugar do cidadão nos processos de integração: O déficit social da comunidade europeia e do mercosul*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002; LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004; RODRIGUES, Simone Martins. *Segurança Internacional e Direitos Humanos: A prática da intervenção humanitária no pós-gerra fria*. São Paulo: Renovar, 2000; CAVALCANTI, Francisco Ivo Dantas, MEDEIROS, Marcelo de Almeida e LIMA, Marcos Costa (Orgs.). *Processos de Integração Regional: O político, o econômico e o jurídico nas relações internacionais*. Curitiba: Juruá, 2003; FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Soberania & Processo de Integração: O novo conceito de soberania em face da globalização (Uma abordagem especial quanto às realidades de integração regional)*. Curitiba: Juruá, 2002; GOMES, Eduardo Biacchi e REIS, Tarcisio Hardman. *A Integração Regional no Direito Internacional: O futuro do Mercosul e da União Europeia*. São Paulo: Aduaneiras, 2006; GOMES, Eduardo Biacchi. A Supranacionalidade e os Blocos Econômicos. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, nº. 53, pp.310-335, out.-dez./2005; KINOSHITA, Fernando. Mercosul e União Europeia: Consolidação do Futuro. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, nº 35, pp. 7-15, abr.-jun./2001; VIDIGAL, Erick. O Regime Jurídico das Integrações Econômicas Regionais. In: *Revista de Direito Internacional e Econômico*. São Paulo: IOB Síntese, n 12, pp.23-33, Jul-Ago-Set/2005; e, LIAKAKI, Sandy. O Povo Invisível: As Dificuldades da Cidadania na Europa. In: *Cadernos de Direito do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba*. Piracicaba: Gráfica UNIMEP, Volume 3, Número 5, p. 260-275, 2003.

⁵⁰⁸ CAVALCANTI, Francisco Ivo Dantas. A Recepção Legislativa e os Sistemas Constitucionais. In: *Texto de Revisão da 2ª Edição do Livro Direito Comparado*. Recife: Mimeo, 2003.

3. A ritualística de recepção das normas de direito internacional e de atribuição de primazia ao direito comunitário no Constitucionalismo Português, embora norteadas pelas especificidades legislativas da União Européia, continua a ser abraçada em muitos aspectos pela doutrina Brasileira, de maneira especial, para suprir a lacuna causada pela ausência de disciplina constitucional específica da matéria, a despeito das pretensões do Brasil no que diz respeito à política integracionista⁵⁰⁹.

Portugal consagrou um sistema de “recepção automática. E isto significa que as normas internacionais vigoram, enquanto tais, na ordem interna portuguesa sem necessidade de transformação em normas constitucionais ou legais, devem ser interpretadas e integradas em harmonia com os critérios do Direito das Gentes e sofrem as vicissitudes que aí sofram. A recepção é não só automática, mas também plena: diz respeito a quaisquer normas internacionais, independentemente das matérias”⁵¹⁰ disciplinadas.

Exige-se, no entanto, a publicação oficial dos tratados regularmente ratificados e aprovados⁵¹¹. Os artigos 4º, 7º n.ºs 6 e 7, 16º n.º 1, 33º n.ºs 3 e 4, 102º e 273º n.º 2, da Constituição da República Portuguesa - CRP, colocam os atos normativos de direito internacional a par da lei como fonte de regras de direito interno, normas que juntamente com as regras próprias das organizações internacionais se subordinam à constituição, bem como à fiscalização de constitucionalidade⁵¹².

4. Ressalvadas as divergências doutrinárias com relação às normas comunitárias⁵¹³, pacificou-se o entendimento que as normas de direito internacional

⁵⁰⁹ ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 130.

⁵¹⁰ MIRANDA, Jorge, e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra, Tomo I, 2005, p. 88.

⁵¹¹ PIÇARRA, Nuno. *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias como Juiz Legal e o Processo do Artigo 177º do Tratado CEE: As relações entre a ordem jurídica comunitária e as ordens jurídicas dos Estados-membros da perspectiva dos tribunais constitucionais*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa - AAFDL, 1991, p. 78.

⁵¹² Este é entendimento dominante do Tribunal Constitucional Português. Conferir Acórdãos n.ºs 158/85 (Bol. MJ 360(S)-722), 47/84 (Bol. MJ 347-122), 107/84 (Bol. MJ 356-107), 101/84 (Bol. MJ 357-157), 24/85 (Bol. MJ 360(S)-27), 118/85 (Bol. MJ 360(S)-501), 218/88 (Bol. MJ 380-183), 409/87 (Bol. MJ 370-175), 168/88 (Bol. MJ 379-272) e 184/89 (Bol. MJ 384-194).

⁵¹³ Jorge MIRANDA sustenta que os tratados europeus criaram uma ordem jurídica a se, que envolve as ordens jurídicas dos Estados membros, nos quais as normas comunitárias têm aplicação imediata e vincula todos os seus órgãos sem a necessidade de mediação de leis internas. Esse efeito direto pode ser invocado no plano jurisdicional, quando suscitado no âmbito doméstico não se submete às regras e noções nacionais de interpretação e aplicação do direito. Quando incorporadas à ordem interna e chanceladas na base da reciprocidade, não comportam medidas unilaterais e incidem de maneira uniforme

prevalecem sobre as normas de direito ordinário, “a desconformidade entre normas constitucionais e normas internacionais, assim como a desconformidade entre estas e normas infraconstitucionais afectam, como não poderia deixar de ser, a aplicação e a subsistência das segundas, ali por inconstitucionalidade, aqui ainda por inconstitucionalidade (indirecta) ou por ilegalidade *sui generis*, conforme se entenda”⁵¹⁴.

Pode-se afirmar, nesse contexto, que o direito de acesso à justiça, no formato consagrado na CEDH passou a vincular o Estado na ordem jurídica interna e internacional a partir de 9 de novembro de 1978, quando do depósito do instrumento de ratificação, e a ocupar na hierarquia das fontes de direito português posição intermediária entre a lei constitucional e as leis ordinárias, permitindo que o preceito constitucional que o disciplina, ainda que não encerre a reprodução da disposição convencional, conserve na íntegra a sua eficácia e validade, pois está-lhe supra

em todos os Estados. O primado do direito comunitário consolida-se, precisamente, no fato de o juízo de validade e adequabilidade dos atos praticados pelos órgãos comunitários ser exercido exclusivamente com base na ordem jurídica comunitária que se sobrepõe a qualquer norma estatal que lhe seja contrária, ainda que respaldada em texto constitucional promulgado após a adesão do Estado ao sistema comunitário (A ‘Constituição Europeia’ e a Ordem Jurídica Portuguesa. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, nº 4, pp. 75-98, Belo Horizonte: Del Rey, jul./dez. 2004, p. 77). Para ele, defender o primado de normas provenientes das instituições comunitárias sobre as normas constitucionais é logicamente absurdo. Sustenta que “tais normas decorrem da competência de órgãos criados por um tratado (aqui o Tratado da União Europeia), o qual tem de ser aprovado e ratificado nos diversos Estados-partes, com observância das respectivas constituições (daí as prévias revisões constitucionais efectuadas em alguns Estados para evitar quaisquer discrepâncias)”. Conclui: “Ora, como poderiam as normas de direito comunitário derivado valer mais do que as normas constitucionais? Haveria ainda aí uma contradição insanável com os alicerces democráticos da União. Ora, não é, em regime democrático, a Constituição a máxima expressão da vontade popular, manifestada em assembleia constituinte ou por referendo? Como conceber, então, que a ela se sobreponha uma norma sem base democrática imediata (a do Conselho de Ministros, da Comissão ou do Banco Central Europeu)? Como conceber um primado verdadeiro e próprio de normas de origem burocrática e técnica sobre as normas directamente assentes na legitimidade democrática?” (A “Constituição Europeia” e a Ordem Jurídica Portuguesa. In: *Revista de Direito Internacional e Económico*. São Paulo: IOB Síntese, nº 8, pp.6-22, Jul-Ago-Set/2004, p.11). Sobre o tema conferir, ainda: VITORINO, António. *A Adesão de Portugal às Comunidades Europeias: a problemática da aplicabilidade directa e do primado do direito comunitário face ao nosso ordenamento jurídico*. Lisboa: Cognition, 1984; GARCIA, Ricardo Alonso. *Derecho comunitário, Derechos nacionales y Derecho comum europeu*. Madrid: Civitas, 1989; e, CAUPERS, João. *Introdução ao Direito Comunitário*. Lisboa: AAFDL, 1988.

⁵¹⁴ MIRANDA, Jorge, e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, tomo I, 2005, p. 95.

ordenado⁵¹⁵, inclusive como parâmetro de constitucionalidade para fins de aplicação das referida norma na ordem interna⁵¹⁶.

4.1.2. O complexo modelo brasileiro.

5. No Brasil, desde a Constituição de 1891 o governo manteve a prática de celebração de tratados em forma simplificada com mitigação da compulsoriedade da deliberação do Legislativo sobre todos os atos internacionais, a partir do acerto implícito entre os Poderes Legislativo e Executivo de que os acordos específicos que visem à execução de outros mais gerais (*traités-cadre* ou acordos de referência) podem ser concluídos pelo Executivo, de forma simplificada, quando as vias mais amplas que traçaram a moldura normativa tiverem sido aprovados pelo Legislativo⁵¹⁷.

⁵¹⁵ BARRETO, Irineu Cabral. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Aequitas – Editorial Notícias, 1995, p. 26.

⁵¹⁶ Para uma visão geral sobre as novas perspectivas constitucionais no âmbito da União Europeia e as possíveis implicações nos ordenamentos nacionais: MARTINS, Ana Maria Guerra. L'accès à la Justiça, L'Application de la Convention Européenne des Droits de L'Homme au Portugal. In: *Estudos de Direito Público*. Coimbra: Almedina, vol I, pp. 285-303, 2003; CUNHA, Paulo de Pitta e. *A Constituição Europeia: Um olhar crítico sobre o projecto*. Coimbra: Almedina, 2004; GODET, Michel e RUYSEN, Olivier. *L'Europe en Mutation*. Bruxelles: Commission des Communautés Européenne. 1980; TOSTES, Ana Paula B. *União Europeia: o poder político do direito*. São Paulo: Renovar, 2004; VIEIRA, José Ribas (Org.) et al. *A Constituição Europeia: O projeto de uma nova teoria constitucional*. São Paulo: Renovar, 2004; VERHOFSTADT, Guy. *Os Estados Unidos da Europa: Manifesto para uma nova Europa*. Trad. Lídia Martins Figueiredo. Lisboa: Gadiva, 2006; BATISTA, Vanessa Oliveira. *União Europeia: Livre Circulação de pessoas e direito de asilo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998; MIRANDA, Jorge. A “Constituição Europeia” e a Ordem Jurídica Portuguesa. In: *Revista de Direito Internacional e Econômico*. São Paulo: IOB Síntese, nº 8, pp.6-22, Jul.Ago.Set./2004.

⁵¹⁷ Para uma análise abrangente dos efeitos dos esquemas de integração regional adotado no Brasil e no âmbito das Américas: GARCIA, Maria. A Integração dos Estados. O Brasil no Mercosul: implicações e abrangências na ordem interna e internacional. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, nº 35, pp. 16-23, abr.-jun./2001; GUERRA-BORGES, Alfredo. Integración latinoamericana: dos épocas, dos estilos. Una reflexion comparativa. In: *Revista Iberoamericana. América Latina – España – Portugal*. Madrid: Iberoamericana, vol. I, nº 2, pp. 61-79, junio de 2001; MACEDO, Caio Sperandéo. O Futuro do Mercosul. In: *Revista de Direito Internacional e Econômico*. São Paulo: IOB Síntese, n 4, pp.104-117, Jul-Ago-Set/2003; MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz. *O Poder de Celebrar Tratados*. Porto Alegre: Fabris, 1995; MIGUEL, Alexandre. A Constituição Brasileira e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 14, nº. 55, pp.287-326, abr.-jun./2006; REIS, Márcio Monteiro. *Mercosul, União Européia e Constituição: A integração dos Estados e os Ordenamentos Jurídicos Nacionais*. São Paulo: Renovar, 2001; PEREIRA, Antônio Celso Alves. O acesso à justiça e a adequação da legislação brasileira aos instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (Ed.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. São José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, pp. 191-204, 1996; MARTINS, LEONARDO. Proporcionalidade Como Critério de Controle de Constitucionalidade: Problemas de Sua Recepção pelo Direito e Jurisdição Constitucional Brasileiros. In: *Cadernos de Direito do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba*. Piracicaba: Gráfica UNIMEP, Volume 3, Número 5, p.15-45, 2003.

Apesar de não reproduzir a moldura delineada nos artigos 134º, ‘b’, 135º, ‘c’, 161º, ‘i’, e 179º ‘b’ e ‘c’, da CRP, ao não alterar as competências prescritas nos artigos 49 e 84⁵¹⁸, a Constituição Federal de 1988 continuou fiel ao constitucionalismo português, permitindo a conservação dos legitimados tradicionalmente habilitados a intervirem nos procedimentos de elaboração e recepção dos tratados internacionais.

O Constituinte não se dispôs a estabelecer disciplina específica para o procedimento de incorporação das normas de direito internacional ou comunitário. Resignando-se a fixar competências, restringiu a do Congresso Nacional, exclusivamente, ao exame e aprovação dos tratados que acarretem compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

6. A adoção desse modelo viabilizou a estabilização da clássica construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal que consagra a internalização de normas tanto pelo rito simples, materializado na negociação, assinatura e publicação (acordos simplificados do Executivo que não necessitam de aprovação do legislativo)⁵¹⁹, quanto pelo processo solene integrado pelas fases de negociação, assinatura, ratificação, promulgação, publicação e registro⁵²⁰.

A Carta Constitucional Brasileira, nos casos em que o Parlamento é chamado a opinar, estabeleceu procedimento especial para consolidação do processo de integração das normas de direito internacional ao ordenamento pátrio.

Mantida a competência privativa do Presidente da República para celebrar todos os tratados, convenções, acordos e atos internacionais (art. 84, VIII), é do Congresso Nacional a competência para deliberar em caráter definitivo sob tais instrumentos, quando o teor dos mesmos acarretar encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio

⁵¹⁸ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (...). Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

⁵¹⁹ Celso Duvidier de Albuquerque MELLO pondera que no Brasil, segundo construção doutrinária, não necessitam da aprovação parlamentar os instrumentos: a) que tratam de assuntos da competência privativa do Poder Executivo; b) concluídos por agentes ou funcionários competentes sobre questões de interesse local ou de importância restrita; c) que consignam simplesmente a interpretação de cláusulas de um tratado pré-vigente; d) que decorrerem lógica e necessariamente de algum tratado em vigor e são seu complemento; e, e) que se destinam a estabelecer meras bases para negociações futuras (In: *Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Renovar, 2000, p. 288).

⁵²⁰ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz. *O Poder de Celebrar Tratados*. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 458.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

nacional (artigo 49, I), mediante aprovação de um decreto legislativo promulgado pelo Presidente do Senado e devidamente publicado.

A produção de efeitos domésticos das normas de direito internacional inseridas em atos ou tratados dos quais o Brasil tenha sido signatário, exige a sua efetiva incorporação ao ordenamento nacional. Enquanto não integradas formalmente ao sistema jurídico positivo, tais normas não vigoram nem são eficazes no plano interno.

A aplicabilidade dos seus preceitos somente é possível após o esgotamento de um iter procedimental que comporta aprovação pelo Parlamento, nas hipóteses do artigo 49, I, e ratificação pelo Chefe de Estado, concretizada na expedição de decreto do qual decorrem a promulgação do tratado internacional, a publicação oficial de seu texto e a executoriedade interna das suas normas, de forma geral e obrigatória.

7. A recepção não exige edição de documento normativo que encampe o texto internacional (dualismo extremado), requer apenas a aprovação do decreto legislativo pelo Congresso Nacional e a sua posterior promulgação pelo Presidente da República, por intermédio de ato que imponha a aplicação imediata das normas recepcionadas, as quais, segundo jurisprudência dominante até a edição da Emenda Constitucional 45, de 2004, mesmo quando tratassem de normas sobre direitos fundamentais, ingressavam no ordenamento jurídico, exclusivamente, como atos normativos infraconstitucionais⁵²¹.

Entende-se que a ratificação pelo Parlamento do ato normativo internacional (tendência ainda verificada no direito comparado europeu) é crucial para a manutenção da supremacia constitucional sobre os preceitos que ingressam no ordenamento. A recepção dessas normas, ainda que formalizada de maneira especial, não minimiza a concepção de soberania implantada no texto constitucional, circunstância que, de regra, as submete às mesmas limitações constitucionalmente impostas aos demais diplomas normativos ordinários de direito interno.

8. A Lei Maior Brasileira, mantendo a tradição, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para apreciar a constitucionalidade dos tratados internacionais⁵²²

⁵²¹ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 591.

⁵²² Sistemas jurídicos estrangeiros permitem excepcionalmente a incidência de normas formalmente inconstitucionais, como se depreende do artigo 277º, nº 2, da CRP/76, com as alterações introduzidas pela 2º Revisão Constitucional de 1989. No Brasil, havendo a declaração de inconstitucionalidade pelo STF se impõe a denúncia do tratado, sem eximir o Estado das consequências decorrentes do seu incumprimento.

(artigo 102, III, 'b')⁵²³, mas transferiu para o Superior Tribunal de Justiça (artigo 105, III, 'a')⁵²⁴ a competência para julgar causas que envolvam o cumprimento de tratados e leis federais⁵²⁵. A exemplo das demais normas infraconstitucionais, os Decretos que internalizam os tratados internacionais estão sujeitos ao controle concentrado e difuso de constitucionalidade⁵²⁶.

O posicionamento em voga no Supremo Tribunal Federal até o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, era de que o conteúdo de direito material dos tratados internacionais, devidamente aprovado pelo Poder Legislativo e promulgado pelo Presidente da República, transformava-se em Decreto e ingressava no ordenamento jurídico brasileiro como ato normativo infraconstitucional, adquirindo o status de lei *lato sensu*⁵²⁷, porque não havia norma constitucional que permita a primazia dos tratados⁵²⁸.

⁵²³ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (...) b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

⁵²⁴ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...) III – Julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhe vigência.

⁵²⁵ Ernani Rodrigues CARVALHO destaca que a expansão do poder judicial no Brasil consolidou-se após a Constituição de 1988, sobretudo, no alargamento das prerrogativas do controle da constitucionalidade. Na prática, os vazios institucionais deixados pelos poderes representativos impõem a atividade complementar dos tribunais que tendem a suprir as lacunas pela via jurisprudencial. Ao desenvolver esta atividade notoriamente política, o judiciário não tem como fugir dos interesses econômicos dominantes na sociedade e que estruturam o próprio poder político. (Em Busca da Judicialização da Política no Brasil: Apontamentos para uma Nova Abordagem. In: *Revista de Sociologia e Política*. Curitiba: Editora não mencionada, nº. 23, pp. 115-126, Nov. 2004, p. 120).

⁵²⁶ Alexandre MORAES lembra que A doutrina e a jurisprudência dominantes professam a supremacia das normas constitucionais em relação aos tratados e atos internacionais (In: *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 613).

⁵²⁷ Para Celso D. A. MELLO, o tratado não pode ser equiparado a uma lei pelas seguintes razões: “a) ele não é revogado por uma lei posterior; b) ele se ‘vetado’ pelo Presidente da República não pode ser ratificado pelo Congresso” (*Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Renovar, 2000, p. 292).

⁵²⁸ Para evitar declaração de inconstitucionalidade de tratados, o STF tem concluído que o teor dos mesmos deve ser interpretado conforme a Constituição, ou seja, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada aquela que apresente melhor conformidade com as normas constitucionais (Habeas Corpus nº 73044-2/SP, Rel. Maurício Corrêa, Diário da Justiça, Seção I, 20 set., 1996, p. 34.534). Na ADIN nº 1344-1/ES, o Relator, Ministro Moreira Alves, pontificou no seu voto que a interpretação conforme “só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco”. O Acórdão recebeu a seguinte ementa: “A orientação dominante é de que, salvo raras exceções, o conflito entre fontes internacionais e fontes nacionais deverá ser resolvido pelo direito constitucional de cada um dos países, em virtude do princípio da soberania nacional, sendo que no Brasil os atos e tratados internacionais devidamente incorporados ingressam, de regra, com a mesma hierarquia normativa que as leis ordinárias, eventuais conflitos devem ser resolvidos pelo critério cronológico ou pelo princípio da

No exame do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE prevaleceu a tese de que o conflito entre tratado internacional e lei interna brasileira deve se solvido de acordo com a máxima *lex posterior derogat priori*, prestigiando a vontade do legislador republicano, sem embargo das consequências do descumprimento do tratado no plano internacional.

Caiu por terra a crença de que a Corte Constitucional referendava o primado do direito internacional, firmando-se a orientação de que o tratado é incorporado ao direito interno no mesmo nível hierárquico da lei ordinária⁵²⁹ e, em caso de conflito, a questão não deve ser posta em termos de regra geral e regra particular, mas de prevalência da norma posterior sobre a anterior.

Outro entendimento importante foi adotado no exame da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480/DF, quando o STF, além de reiterar o raciocínio de que aos tratados e convenções internacionais, por terem *status* jurídico de lei ordinária, seria vedado disciplinar matéria destinada à lei complementar por reserva constitucional, ponderou a possibilidade de exercer fiscalização abstrata e concreta de normas para a aferição da (in)constitucionalidade desses atos normativos internacionais⁵³⁰.

especialidade” (STF - Pleno: ADIN n. 1344-1/ES - Medida Liminar. Diário da Justiça, Seção I, 19 de abril de 1996, p. 12212 - RTJ 70/333 e 100/1030).

⁵²⁹ O entendimento da paridade é justificado por alguns doutrinadores com base na interpretação do art. 102, inciso III, alínea "b", no qual há previsão de que compete ao STF julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. A interpretação firmou-se no sentido de que a conjunção alternativa "ou" tornou claro o convencimento de que a lei infraconstitucional e o tratado encontram-se num mesmo patamar hierárquico. Este sistema paritário tem sido denominado monismo moderado, com base no qual é defendida a subordinação do tratado à Constituição e a aplicação dos critérios da temporalidade e da especialidade para a solução de antinomias, com exceção dos tratados fiscais e de extradição, que, por sua natureza, demandam denúncia formal para deixarem de ser cumpridos.

⁵³⁰ Na decisão restou consignado: “(...) Controle de Constitucionalidade de Tratados Internacionais no Sistema Jurídico Brasileiro – O Poder Judiciário – fundado na supremacia da Constituição da República – dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e jurisprudência. Paridade Normativa entre Atos Internacionais e Normas Infraconstitucionais de Direito Interno – Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a

Na oportunidade, os Magistrados da Corte entenderam que a Constituição da República confere competência ao Judiciário para efetuar a análise da constitucionalidade dos tratados ou convenções incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, os quais, ao serem internalizados, além de não disporem de primazia hierárquica sobre as demais normas de direito interno, posicionam-se no mesmo plano de eficácia das leis ordinárias.

9. No que tange, especificamente, à disciplina da recepção dos instrumentos convencionais que tratam de direitos humanos, o preceito do artigo 5º, §1º, da Constituição Brasileira⁵³¹, que prevê a auto-aplicabilidade das normas constitucionais definidoras dos direitos e garantias fundamentais, recebeu forte influência Lusitana, em especial, do artigo 18º nº 1 da CRP⁵³², cujo teor prevê a aplicação direta e a vinculação das entidades públicas e privadas aos preceitos fundamentais, visualizados como normas “imediatamente eficazes e actuais, directamente reguladoras de relações jurídico-materiais”, que dispensam concretização por intermédio de entidades legislativas⁵³³.

O constituinte brasileiro optou pela menção à aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. A Corte Constitucional, adotando a teoria da retroatividade mínima, assinalou que a vigência alcança os efeitos futuros dos fatos pretéritos, não atingindo os fatos consumados no passado, nem as prestações vencidas e não pagas, salvo disposição constitucional expressa⁵³⁴.

10. Igualmente teve inspiração portuguesa, mais precisamente do texto revisto pela RC/82 do artigo 16º nº 1 da CRP⁵³⁵, o preceito do artigo 5º, §2º, da Constituição Brasileira⁵³⁶, ao prescrever que os direitos e garantias expressos na constituição não

aplicação alternativa do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes”. (Conferir: STF – Medida Cautelar em ADIN nº 1480/DF).

⁵³¹ Art. 5º. § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁵³² Artigo 18. 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

⁵³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 412.

⁵³⁴ STF – 1ª Turma - Recurso Extraordinário nº 140.499-GO, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 12.4.1994, RTJ 156/229.

⁵³⁵ Artigo 16. 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

⁵³⁶ Art. 5º. § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

excluem outros de caráter constitucional decorrentes dos tratados de que seja parte a República Federativa do Brasil, desde que congruentes com o regime e os princípios por ela adotados, ainda que difusamente⁵³⁷.

A redação atribuída ao dispositivo mencionado ensejou o surgimento de grande embate doutrinário focado, principalmente, na consagração de tratamento diferenciado aos tratados e convenções relativos a direitos humanos. No âmbito do STF diversas teses foram esboçadas sobre o modo de incorporação e o *status* jurídico aplicável a tais diplomas normativos internacionais.

Forte corrente firmou-se no sentido de que tanto os tratados de direitos humanos como os demais instrumentos convencionais têm estaturas equivalentes a das leis ordinárias⁵³⁸, ou, quando muito, consubstanciam normas infraconstitucionais especiais⁵³⁹.

Essa orientação foi adotada por parte dos Ministros da Corte para manterem válida, no julgamento do Habeas Corpus nº 72.131/RJ⁵⁴⁰, a despeito do teor do art. 7º, §7º, da CADH, a prisão de depositário infiel, tendo em vista a ressalva do artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal⁵⁴¹. Posição reiterada, por maioria, na análise do Habeas

⁵³⁷ Como exemplo cite-se a decisão do STF que, recepcionando a tese de existência de direitos fundamentais dispersos no texto constitucional, na ADIN nº 939-7-DF, considerou como garantia constitucional assegurada ao cidadão, o direito inserto no art. 150, III, b (princípio da anterioridade tributária), para justificar a declaração da inconstitucionalidade da EC nº 3/93 por afronta ao artigo 64 § 4º, IV.

⁵³⁸ A jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal (Pleno, ADIn 1.480-DF, Rel. Min. Celso de Mello, transcrito no HC 78.375-2 – Informativo STF, nº135, de 7 a 11/12/98), segue esta linha de pensamento ao privilegiar a concepção de que os tratados internacionais situam-se, dentro da pirâmide Kelseniana, na mesma posição das leis ordinárias.

⁵³⁹ No julgamento da Extr. 194 - República Argentina, da relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, restou consignado que: "no sistema brasileiro, ratificado e promulgado, o tratado bilateral de extradição se incorpora, com força de lei especial, ao ordenamento jurídico interno, de tal modo que a cláusula que limita a prisão do extraditando ou determina a sua libertação, ao termo de certo prazo (45 dias, contados do pedido de prisão preventiva), cria direito individual em seu favor, contra o qual não é oponível disposição mais rigorosa da lei geral (90 dias, contados da data em que efetivada a prisão – art. 82, §§ 2º e 3º da Lei nº6.815/80)" (RTJ, 162:822, 1997).

⁵⁴⁰ O acórdão recebeu a seguinte ementa: "Habeas corpus. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do art. 5º, LXVII, da Constituição de 1988. Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do art. 7º da Convenção de San José da Costa Rica. Habeas corpus indeferido, cassada a liminar concedida."

⁵⁴¹ O inciso LXVII do art. 5º prescreve que: "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel". Em contrapartida, o nº 1 do art. 7º, 7, da Convenção, estabelece que "Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar". (STF – HC nº 72.131/RJ).

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

Corpus nº 73.044/SP⁵⁴², em que se consignou, expressamente, que as disposições da CADH devem ser ponderadas em consonância com as limitações constitucionalmente impostas.

11. Outra vertente professou que os tratados e convenções de direitos humanos, apesar de internalizados como normas infraconstitucionais, diferentemente dos tratados gerais, seriam qualificados por um atributo de supralegalidade. O Ministro Sepúlveda Pertence, no voto proferido no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 79.785/RJ, sem filiar-se expressamente à tese, sugeriu a possibilidade de consideração dos tratados sobre direitos humanos enquanto documentos supralegais⁵⁴³.

Posicionamento mais contemporâneo adotou a tese de que os tratados de direitos humanos possuem estatura constitucional. Defende-se que o artigo 5º, § 2º, contém uma cláusula aberta de recepção de outros direitos fundamentais, sendo incorreto considerar taxativa a enumeração de tais direitos. As prerrogativas previstas nos tratados assinados e ratificados pelo Brasil, além de gozarem do atributo de normas constitucionais fundamentais, integram o rol das matérias constitucionais imodificáveis por emenda constitucional⁵⁴⁴.

Entende-se que a equiparação dessa espécie de tratado à legislação infraconstitucional, tal como seguida por alguns setores da prática judiciária brasileira,

⁵⁴² Na ementa do julgado foi assinalado que: “os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, nº 7, do Pacto de São José da Costa Rica (‘ninguém deve ser detido por dívida’: ‘este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar’) deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição (...).” (STF – HC nº 73.044/SP).

⁵⁴³ Sustentou o eminente Ministro: “Certo, com o alinhar-me ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso de logo – como creio ter deixado expresso no voto proferido na ADIn-MC 1.480 – com o entendimento, então majoritário – que, também em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais – preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis. Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (...). Se assim é, à primeira vista parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da Constituição seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos.” (STF – HC nº 79.785/RJ).

⁵⁴⁴ Na Argentina, com a reforma constitucional de 1994, o artigo 75-22 da Constituição passou a conferir *status* constitucional aos tratados que versam sobre direitos humanos e garantias individuais, ao passo que o inciso 24 prevê que os tratados de integração são hierarquicamente superiores às leis internas.

não só configura apego a uma visão já abandonada em vários países, como contraria o próprio texto constitucional⁵⁴⁵.

Reforçou-se, com essa interpretação, a concepção de que os tratados que consagram a proteção dos direitos humanos e das garantias individuais são hierarquicamente diferenciados, gozam de proteção específica, e têm estatura supranacional.

Para os defensores dessa versão, a Constituição, ao arrolar no seu artigo 4º, II, a prevalência dos direitos humanos como princípios regentes das relações internacionais do Brasil, chancelou a força expansiva dos direitos fundamentais viabilizando a interpretação abrangente do artigo 5º, §2º, de forma a reconhecer a supranacionalidade dos tratados de proteção dos direitos humanos, inclusive daqueles que venham a ser recepcionados no futuro pela ordem constitucional.

Ainda de acordo com essa versão, os tratados internacionais que tenham por objeto direitos e garantias já contemplados no Texto Constitucional não podem abolir nem restringir direitos fundamentais, sejam individuais ou institucionais, e só poderão ingressar no ordenamento jurídico nacional se tiverem por escopo ampliá-los ou, pelo menos, não mitigá-los.

12. O embate jurisprudencial foi estabilizado com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004 que acrescentou o § 3º ao art. 5º, da Constituição Federal, e abriu “novas perspectivas para a conformação do instituto da incorporação dos tratados e convenções internacionais em contextos supranacionais”⁵⁴⁶, ao possibilitar o ingresso

⁵⁴⁵ Ao discutir o assunto à época, Celso BASTOS ponderou que a “menção do parágrafo em questão ao Direito Internacional como fonte possível de direitos e garantias deverá trazer mudanças sensíveis em alguns aspectos do nosso Direito. Não será mais possível a sustentação da tese dualista, é dizer, a de que os tratados obrigam diretamente os Estados, mas não geram direitos subjetivos para os particulares, que ficaram na dependência da referida intermediação legislativa. Doravante será possível a invocação de tratados e convenções dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição, pelo legislativo, de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais”. (In: *Comentários à Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 336). Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio de Mello, do Supremo Tribunal, sustentou que o referido dispositivo revela apenas propósito “simplesmente pedagógico [do constituinte]” (em voto vogal, quando do julgamento, em 22.11.1995, no STF, do HC 72.131-1/RJ).

⁵⁴⁶ MENDES, Gilmar. A Justiça Constitucional nos Contextos Supranacionais. In: *Revista de Direito Público do Instituto Brasileiro de Direito Público*. São Paulo: IOB Síntese, nº 8, pp.55-91, Abr-Maio-Jun/2005, p. 83. Parcela dos doutrinadores que já defendiam a natureza constitucional dos tratados que têm por objeto direitos humanos, entende que a inclusão do §3º ao art. 5º dificulta e fragiliza a vigência interna das normas internacionais em matéria de direitos e garantias fundamentais, porque, ao atribuir *status* de emenda à Constituição apenas e tão somente quando os instrumentos que forem aprovados em ambas as Casas do Legislativo Federal, por maioria de 3/5, em dois turnos – mesmos requisitos formais

dos tratados e convenções que disciplinam o direito de acesso à justiça na ordem jurídico-constitucional brasileira com o *status* de norma constitucional⁵⁴⁷.

Consolidou-se a concepção de que uma das características do constitucionalismo recente é a de considerar os direitos dos homens como *ratio essendi* do Estado Constitucional, de maneira a possibilitar que os direitos fundamentais não formalmente constitucionais sejam visualizados como densificações do âmbito normativo-constitucional de outras normas, ou direitos constitucionalmente plasmados, que nessa medida formam parte do bloco de constitucionalidade⁵⁴⁸.

Com a emenda, incluiu-se na disciplina constitucional dos direitos fundamentais a expressa previsão de que os tratados e convenções internacionais serão equivalentes às emendas constitucionais⁵⁴⁹, desde que tratem de matéria relativa a direitos humanos e sejam aprovados pelo Congresso Nacional em dois turnos, pelo *quorum* de três quintos dos votos dos respectivos membros⁵⁵⁰.

Obedecidos tais pressupostos, o tratado formulado em benefício da concretização do direito de acesso à justiça terá índole constitucional podendo revogar norma constitucional anterior e tornar-se imune às supressões ou reduções futuras, diante do que dispõe o art. 60, §4º, IV, da CF.

A aprovação pelo *quorum* qualificado constitui requisito essencial para que esses tratados ou convenções possam ingressar no ordenamento jurídico em igual posição hierárquica à das emendas constitucionais. Caso não seja obtida a votação em dois turnos em cada casa, por três quintos de seus membros, poderá ser aprovado, porém, sem que lhe seja atribuída natureza constitucional, e ingressará na ordem jurídica com o

do processo legislativo das Emendas à Constituição -, o constituinte derivado permite a interpretação de que os tratados que não forem aprovados mediante tal procedimento, mesmo versando sobre direitos humanos, terão o nível hierárquico de mera lei ordinária.

⁵⁴⁷ Art. 5º. § 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

⁵⁴⁸ MIGUEL, Alexandre. A Constituição Brasileira e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 14, nº. 55, pp.287-326, abr.-jun./2006, p. 318.

⁵⁴⁹ O Superior Tribunal de Justiça, discordando do entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, vinha reconhecendo a natureza constitucional das normas oriundas de tratados internacionais já internalizados (DJU, 11 mar. 1996, RHC 4.849-PR, p. 6664, rel. Min. Adhemar Maciel; e DJU, 19 mar. 1997, RHC 5507-PR, rel. Min. Anselmo Santiago).

⁵⁵⁰ A emenda, em derradeira análise, concedeu ao Congresso Nacional, somente na hipótese de tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos, a prerrogativa de optar por incorporá-los com *status* ordinário (49, I) ou com estatura constitucional.

status de norma infraconstitucional, ainda que eventualmente aprovado pelo procedimento das emendas⁵⁵¹.

Subsiste, portanto, no sistema jurídico-constitucional brasileiro uma dupla contradição interna. Se, de um lado, o direito de acesso à justiça é qualificado como norma constitucional, de outro, as normas pactícias que respaldam a responsabilidade internacional do Brasil em conferir-lhe efetividade, disponibilizando a todos que estejam sob sua jurisdição meios idôneos para a tutela dos seus direitos e interesses, ingressam na ordem interna, de regra, com o *status* de normas infraconstitucionais. Somente se incorporarem normas às quais seja possível atribuir o caráter de direitos humanos, podem ser recepcionadas com a natureza de princípios constitucionais desde que respaldadas por três quintos dos membros de cada Casa Legislativa, em dois turnos de votação.

4.2. Expressão nacional da prerrogativa do acesso ao direito e à justiça.

13. De uma maneira geral, no plano interno dos Estados, o problema do acesso à justiça e ao direito como fenômeno jurídico-político, posiciona-se no centro da relação contraditória entre o capitalismo, a democracia praticada nas ordens jurídicas contemporâneas, da qual resultam questionamentos sobre o perecimento da força

⁵⁵¹ Há quem defenda que “o Congresso Nacional poderá (e, querendo atribuir natureza constitucional, deverá) confirmar os tratados sobre direitos humanos pelo *quorum* qualificado das emendas e, somente se observada esta formalidade, desde que respeitados os limites do poder de reforma das emendas, é que se poderá falar em tratado internacional de ‘natureza constitucional’, ampliando os direitos e garantias individuais do art. 5º da Constituição” (LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Método, 2005, p. 280). Aqueles que se insurgem contra essa tese sustentam que as emendas constitucionais, sendo manifestação do poder constituinte derivado, também se submetem à vedação da aplicação retroativa. A exemplo das demais normas, a emenda constitucional é vocacionada para reger relações futuras e, eventualmente, os efeitos futuros de relações jurídicas constituídas antes da sua promulgação (retroatividade mínima). O STF ao apreciar o RE nº 242.740/GO, seguindo idêntica orientação, posicionou-se no sentido de que a impossibilidade de retroatividade somente pode ser superada pela excepcional e expressa previsão da retroação da norma constitucional. Desta forma, na ausência de disposição apta para elevar ao patamar constitucional os tratados e convenções internacionais que já se encontravam em vigor, não há falar em autorização para interpretar que a omissão permite a aplicação retroativa qualificada da norma convencional. O Acórdão recebeu a seguinte ementa: “Já se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que os dispositivos constitucionais têm vigência imediata, alcançando os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima). Salvo disposição expressa em contrário - e a Constituição pode fazê-lo -, eles não alcançam os fatos consumados no passado nem as prestações anteriormente vencidas e não pagas (retroatividades máxima e média)”. (STF – RE nº 242.740/GO).

normativa do Direito e a incapacidade do Estado neoliberal em proteger os cidadãos da indiferença dos mecanismos do livre-mercado⁵⁵².

Estabilizado como norma jurídica, o direito de acesso à justiça integra os ordenamentos constitucionais como texto aberto a diversas possibilidades interpretativas, cujo significado é identificado e determinado pelo intérprete/aplicador, por intermédio de ato de conhecimento e de vontade, construído no âmbito de um processo no qual são ponderados os elementos normativos e os fatos que condicionam a aplicação das normas às situações concretas, materializado em um pronunciamento judicial que consolida e expressa uma norma de decisão moldada pelo julgador.

A sua revelação no espaço de normatividade estatal, resulta dessa intermediação institucionalizada de um órgão competente para produzir decisões consistentes e aceitáveis racionalmente, respaldadas nas concepções políticas e jurídicas dominantes e no contexto social e econômico predominante⁵⁵³.

Embora não seja possível sustentar, especialmente no plano doméstico, a neutralidade política do órgão jurisdicional, não há como conferir à sua liberdade de convicção o caráter absoluto. Em qualquer sistema jurídico democraticamente instituído o poder criador do intérprete/aplicador atrela-se ao juízo de legalidade respaldado na legislação ou nos precedentes, que o expõe a várias limitações a fim de que o conteúdo da interpretação seja enquadrável à moldura do direito vigente, e o discurso que o fundamenta seja estruturado de forma racional e em consonância com o código de valores em voga.

⁵⁵² Para José Elias Dubard de Moura ROCHA, o tratamento do acesso à justiça pode ser efetuado conforme uma estratégia epistemológica positivista que recorra ao método empírico de experimentação e a instrumentos de medição apropriados aos fatos sociais, ou segundo uma fórmula epistemológica formalista desenvolvida mediante o método lógico-dedutivo de importação normativo-dedutivo extraído das estruturas lógicas do imperativo hipotético jurídico. No primeiro caso, evidencia-se a mediação estática, quantitativa e qualitativa das informações aferidas concretamente sobre a acessibilidade dos cidadãos aos serviços da justiça burocratizada, incluindo não só os responsáveis pela prestação jurisdicional, como os órgãos ou funções apontados como essenciais. Na segunda hipótese, revela-se como instituto dedutível de uma norma jurídica primária de conduta ou secundária. Nesta versão importa verificar tanto o liame que implique no dever jurídico da prestação jurisdicional imputável ao Estado, como as vias ou estratégias de descoberta dos significados possíveis num contexto situacional particularizado. “Acessibilidade e Justiça passam a ser encarados, ambos, como experiências históricas vivenciadas em sociedades políticas que experimentam a *index in summa potesta* como fenômenos jurídicos emergentes: acesso como prerrogativa de grupos sociais mais ou menos extensos; justiça como formas burocratizadas da *index in summa potesta*” (Acesso à Justiça: suas posições epistemológicas. In: GOMES NETO José Mário Wanderley (Coord.). *Dimensões do Acesso à Justiça*. Salvador: Juspodivm, Coleção Temas de Processo Civil, pp. 97-109, 2008, p. 108).

⁵⁵³ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 240.

14. Para ser concretizado e atingir completude no plano nacional, depende de atividade hermenêutica que exprima o pleno sentido do seu conteúdo normativo, mesmo quando moldada com base nas diferentes versões interpretativas produzidas pelas várias formas de compreender os elementos pinçados do texto da norma ou precedente e os dados da realidade. O delineamento do seu teor normativo resulta, portanto, de construção interpretativa, também casuística, na qual se evidencia a moldura textual e normativa da situação jurídica concretamente considerada.

O seu conteúdo, por conseguinte, sempre apresentará caráter precário, estará atrelado aos critérios de escolha manejados pelo intérprete/aplicador para eleger entre as várias possibilidades corretamente possíveis, àquela que se lhe afigure mais adequada ao direito e racionalmente justificada e permeada pela consciência social do seu tempo.

Será, também, norteado pelo teor das normas ou precedentes que o positivam, pela ritualística processual, pelos discursos dos litigantes, pelos argumentos doutrinários e políticos, pelos ideais de justiça, valores éticos e religiosos em vigor na sociedade, e pelas convicções subjetivas dos julgadores.

Essa atuação modeladora é sempre contingente porque comprometida pelos preconceitos e modos individuais de percepção e compreensão da realidade internalizados pelo intérprete/aplicador. Cada intérprete expressa a sua forma de compreender os fatos e as normas segundo a posição que ocupa relativamente aos mesmos e os preconceitos que sobre eles tenha. Cada intérprete ao emitir a sua compreensão do texto normativo expressa parte de si, da sua história.

15. No atual estágio evolutivo dos sistemas nacionais de proteção dos direitos fundamentais, o processo de democratização do acesso ao direito e à justiça e às estruturas estatais preparadas para concretizá-los tem provocado mudanças nas formas de concepção, interpretação e aplicação das normas e precedentes, e acarretado inovações institucionais nos órgãos de jurisdição a fim de aparelhá-los para suportarem e darem respostas satisfatórias ao aumento da litigiosidade⁵⁵⁴.

⁵⁵⁴ Para aprofundamento do tema, conferir: CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia*. Pádua: CEDAM, 1954; MONTORO, André Franco. Uma visão crítica do direito. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 32, n. 126, p. 5, Abr./Jun., 1995; PUREZA, José Manuel. Justiça e Cidadania: para uma justiça mais democrática. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, nº 54, pp. 47-53, Junho de 1999; MOTA, Francisco Teixeira de. Justiça e Cidadania: para uma justiça mais democrática. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, nº 54, pp. 59-61, Junho de 1999; VASCONCELOS, Pedro Bacelar de. Justiça e Cidadania: para uma justiça mais democrática. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, nº 54, pp. 55-

O direito de acesso à justiça é revelado como fórmula de viabilização do acesso ao direito, que congrega o direito à informação jurídica e o direito à proteção jurídica, e como expressão da prerrogativa de acesso aos Tribunais consagrada no direito à tutela jurisdicional⁵⁵⁵ e na garantia de que a ninguém pode ser denegada justiça por insuficiência econômica.

O direito à informação jurídica concretiza-se em dois tempos, pelo fornecimento aos cidadãos de orientação sobre o conjunto de direitos que titularizam e das vias judiciais e não judiciais de composição dos conflitos, e pela concessão de apoio judiciário que se desenvolva na esfera judicial, fundado no direito à resolução do litígio por um tribunal instituído como órgão responsável pela efetivação e tutela dos direitos controvertidos⁵⁵⁶.

A realização de uma justiça de maior proximidade e mais democrática demanda, nesses termos, a promoção do conhecimento dos direitos pela divulgação clara de como são formulados, disponibilizados e tutelados, e a viabilização de uma cidadania mais ativa com a facilitação do recurso à tutela jurisdicional, baseada na defesa de uma justiça plural, “assente em várias formas de justiça e não apenas num conceito redutor de justiça identificada com o poder judicial”, que consagre formas alternativas ou complementares “tão seguras como a justiça no seu conceito oficial e redutor e, sobretudo, muito mais eficazes”⁵⁵⁷, e revele, ainda, a ideia de uma justiça atual que incorpore novas tecnologias capazes de diminuir a morosidade e facilitar o controle e a

57, Junho de 1999; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Democracia e poder judiciário. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte: Imprensa da UFMG, v. 32, pp. 53-54, 1989; VIEIRA, Liszt. *Cidadania e Globalização*. Rio de Janeiro: Record, 1998; e, MORAES, Humberto Peña de. Democratização do acesso à justiça: assistência jurídica e defensoria pública. In: *Justiça: promessa e realidade. O acesso à justiça em países ibero-americanos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 333-364, 1996.

⁵⁵⁵ J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA assinalam que esta prerrogativa pressupõe “entre outras coisas: (a) uma obrigação estadual de criação de tribunais (...) e de os colocar suficientemente próximos dos cidadãos para os tornar acessíveis; (b) uma obrigação dos tribunais de conhecerem em tempo útil das questões que lhes sejam submetidas; (c) uma proteção judicial sem lacunas” (In: *Constituição de República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 181).

⁵⁵⁶ Paula Lobato de FARIA e Pedro Afonso BRANCO ponderam que em um sistema acessível a informação jurídica pode ser prestada por profissionais, advogados ou consultores, e por intermédio de atividades editoriais públicas ou privadas, por de meios televisivos ou virtuais (In: *A Eficácia da Justiça em Portugal na Defesa do Consumidor: Análise do Quadro Jurídico Português na Perspectiva do Consumidor*. Lisboa: Serviços Gráficos da Secretaria-Geral do Ministério do Planeamento e da Administração do Território, Dezembro 1989, p. 26).

⁵⁵⁷ MARQUES, Maria Manuel Leitão. Justiça e Cidadania: para uma justiça mais democrática. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 54, pp. 63-65, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, junho 1999, p. 64.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

responsabilização dos magistrados, e de uma justiça transparente medida pela sua eficácia e não apenas pelo rigor formal dos procedimentos.

A disponibilização de uma estrutura processual capaz de otimizar a administração da justiça cível em consonância com estes novos paradigmas, deve ser fundada num processo instrumentalizado de acordo com as suas funções sociais, que se desenvolva não como mero mecanismo neutro de aplicação técnica das normas, mas como atividade dinâmica pautada nos efeitos e aspirações sociais dos seus resultados⁵⁵⁸.

16. A justificação do processo como instrumento que também serve para realização de fins sócio-políticos posiciona a problemática do acesso ao direito e à justiça no plano ocupado pelas questões relacionadas à efetividade do exercício da jurisdição, incluindo o discurso sobre o direito de propor uma demanda e os fenômenos sociais, políticos, jurídicos e económicos que o limitam.

Enquanto atividade que incorpora as tensões sociais, políticas, ideológicas e económicas, a prestação jurisdicional revela-se e se desenvolve em conexão com o sistema político global⁵⁵⁹.

Os Tribunais, embora continuem a ostentar a imagem de estruturas burocráticas fechadas, vinculadas a procedimentos formais de aplicação normativa, atuam com poderes interventivos ativos orientados pela concepção de que o processo de interpretação/aplicação incide sobre fenômenos sociais mutáveis referidos em normas jurídicas, que permite ao intérprete/aplicador desempenhar função política criadora e os autoriza a manipular as normas e precedentes de maneira criativa a fim de abstrair das circunstâncias fáticas do caso concreto o melhor significado e alcance do seu conteúdo.

O aparecimento de novos direitos individuais, sociais e coletivos, e o aumento da conflituosidade deflagraram, em muitos cenários, movimentos de reestruturação dos organismos judiciais responsáveis pela prestação da tutela jurisdicional, e de reformas de institutos processuais como alternativas para o alcance de soluções satisfatórias, céleres e efetivas das contendas.

⁵⁵⁸ A identificação de pressupostos políticos e sociais incrustados na técnica processual é particularmente complexa nos Estados onde a ciência jurídica está alicerçada no positivismo normativista.

⁵⁵⁹ Enquanto subsistema do sistema político global, a estrutura judicial partilha “com este a característica de processarem uma série de *inputs* externos constituídos por estímulos, pressões, exigências sociais e políticos e de através de mecanismos de conversão, produzirem *outputs* (as decisões) portadoras elas próprias de um impacto social e político nos restantes subsistemas” (SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 21, pp. 1-37, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, novembro 1986, p. 24).

O processo, antes visualizado como instrumento técnico de aplicação do direito, emancipou-se como via de condução à ordem jurídica justa, aberto aos influxos sociais, éticos, culturais, econômicos, temporais e psicológicos que informam o direito, cuja efetividade passou a ser aferida a partir do exame dos resultados práticos da atuação criadora do intérprete/aplicador.

4.2.1. A moldura constitucional do direito de acesso à justiça no Brasil.

17. No Brasil, a Constituição Republicana de 1988 inseriu no seu catálogo de direitos fundamentais o direito à inafastabilidade do controle jurisdicional como expressão do direito de acesso à justiça, atribuindo ao Estado o dever de assegurar a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país proteção judiciária, proporcionando-lhes o acesso a um pronunciamento jurisdicional sobre a alegação de ameaça ou lesão a direito, e a garantia no âmbito judicial e administrativo da razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade da sua tramitação (art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII) ⁵⁶⁰.

Na doutrina e na jurisprudência estabilizou-se o entendimento de que assegurar o acesso à justiça significa garantir não só acesso aos órgãos judiciais, mas, especialmente, viabilizar o acesso a mecanismos aptos para produzirem tutela jurisdicional adequada, célere, econômica e efetiva, bem como aos meios alternativos de composição dos conflitos ⁵⁶¹.

⁵⁶⁰ Para análise mais aprofundada, conferir: ALEIXO, Pedro Scherer de Mello. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica brasileira. A caminho de um “devido processo proporcional”. In: MONTEIRO, Antônio Pinto, NEUNER, Jörg e SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado. Uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, pp. 417-435, 2007; CARPENA, Márcio Louzada. Da Garantia da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e o Processo Contemporâneo. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *As Garantias do Cidadão no Processo Civil: Relações entre Constituição e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 11-30, 2003; PASSOS, J. J. Calmon de. O problema do acesso à justiça no Brasil. In: *Revista de Processo. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais*, n. 39, ano 10, p. 78-88, Jul./Set. 1985; PEREIRA, Antônio Celso Alves. Acesso à justiça e direitos humanos: o problema no Brasil. In: *Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD*. Rio de Janeiro: UERJ, n. 2, p. 123-134, 1994; SROCKINGER, Francisco Tiago Duarte. O Provimento Jurisdicional e a Garantia do Contraditório. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *As Garantias do Cidadão no Processo Civil: Relações entre Constituição e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 77-96, 2003; e, RODRIGUES, Horário Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo Acadêmica, 1989.

⁵⁶¹ Para análise detalhada sobre a hermenêutica das normas de direito fundamental no constitucionalismo brasileiro: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003; BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação

Possibilitar o acesso à justiça significa não só disponibilizar os mecanismos indispensáveis para que as demandas possam ser judicialmente apreciadas, mas atuar de forma positiva para viabilizar a simplificação dos ritos processuais, a redução das despesas resultantes da provocação da tutela jurisdicional, a criação de fórmulas simplificadas informais e econômicas para tutela dos direitos, e a construção de um sistema extrajudicial de resolução dos litígios capaz de auxiliar, nos termos da lei, a contenção dos litígios, de modo a possibilitar proteção jurídica apropriada, por intermédio de decisões eficazes, fundadas no direito, e temporalmente adequadas e exequíveis.

18. O conceito de acesso ao direito e à justiça que informa a doutrina e a jurisprudência incorpora o debate sobre o aperfeiçoamento do sistema processual civil a partir da sua adequação a uma concepção instrumentalista do processo⁵⁶², centrada nos

constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: RÚBIO, David S., FLORES, Joaquim H., e CARVALHO, Salo de (Orgs.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1999; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 2003; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998; CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva – elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000; COELHO, Inocêncio Mártires. (i) *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003; (ii) Métodos e princípios da interpretação constitucional: o que são, para que servem, como se aplicam. In: *Revista de Direito Público*, Porto Alegre: Síntese - Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 5, 2004; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LOPES, George Salomão Lopes (Org.). *Dos princípios constitucionais – considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003; LENZA, Pedro. A amplitude do acesso à ordem jurídica justa e a efetividade enquanto direitos humanos fundamentais constitucionalmente assegurados. In: TAVARES, Ramos Tavares; FERREIRA, A. V. Alves; e LENZA, Pedro (Coords.). *Constituição Federal – 15 anos: mutação e evolução*. São Paulo: Método, 2003; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade – estudos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004; MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000; GERAIGE NETO, Zaidem. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional – Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Coleção Estudos de Direito Processual Enrico Tullio Liebman, v. 56, 2003; NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Coleção Estudos de Direito Processual Enrico Tullio Liebman, v. 21, 2004; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Constituição Brasileira: Modelo de Estado, Estado Democrático de Direito, Objetivos e Limites Jurídicos*. In: MIRANDA, Jorge (Org.) *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, vol. II, pp.39-57, 1997; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. (i) *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, vol. I, 1990; (ii) Sobre a Constituição de 1988. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa: AAFDL, vol. XXXI, pp.67-92, 1990; (iii) A Constituição de 1988 – Um Balanço após Dezesseis Anos de Vigência. In: *Revista de Direito Público do Instituto Brasileiro de Direito Público*. São Paulo: IOB Síntese, n 8, pp.40-53, Abr.-Maio-Jun./2005; MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada e legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005; e, MAIA, Antônio Cavalcanti e SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Os princípios da constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

⁵⁶² Cf.: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

escopos sociais, políticos e jurídicos da função jurisdicional, e na necessidade de superar os obstáculos à sua efetividade e de atender às novas demandas, especialmente, àquelas fundadas em interesses transindividuais⁵⁶³.

O intérprete/aplicador atua de forma participativa, apreciando as provas e enquadrando os fatos aos textos normativos, de maneira a ressaltar o caráter teleológico das regras e princípios aplicáveis, a fim de identificar, de acordo com critérios de razoabilidade e proporcionalidade, dentre os resultados possíveis, àquele que se afigure o mais justo e efetivo possível.

A eficácia das decisões jurisdicionais exige a garantia da efetividade do processo a partir do repúdio às medidas inúteis, protelatórias e inócuas, do esforço em dar a quem tem direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de obter, do exercício de uma interpretação sensível aos valores sociais e às mutações axiológicas da sociedade, e do manejo dos procedimentos como instrumentos éticos e políticos.

A revelação do direito à proteção judiciária nos casos concretos vincula-se ao exercício de uma interpretação concretizadora, que envolva a qualificação da dignidade humana como fundamento axiológico da função jurisdicional e parâmetro indispensável à identificação do núcleo essencial do direito de acesso à justiça como fenômeno que se realiza por intermédio da precisa interação entre o ‘programa normativo’ (consagrado no comando normativo) e o ‘domínio normativo’ (revelado na realidade social)⁵⁶⁴.

4.2.2. A moldagem constitucional do direito de acesso à justiça em Portugal.

⁵⁶³ No Brasil, a função unificadora da jurisprudência, conferida com maior força aos Tribunais Superiores nacionais, também vincula os julgadores ao dever, comum a todo sistema jurídico constitucional democrático, de convencer as Cortes ordinárias e aos destinatários dos seus comandos de que a “solução por eles apresentadas é, todas as vezes, a mais conforme ao direito em vigor e a mais adequada aos problemas que se procura resolver” (PERELMAN. *Étique et Droit*. Trad. Maria Ermantina Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 567). Ver, ainda: JACOBS, G. Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law. In: *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Portland (USA): Hart Publishing, 1999.

⁵⁶⁴ Para maior imersão na perspectiva estruturante, conferir: SILVA, Dickem William Lemes. O Direito de Acesso à Justiça no Contexto do Pós-Positivismo. In: *Revista de Direito Público*. Porto Alegre: Síntese – IOB, ano III, nº 10, Out.-Nov.-Dez. DE 2005, pp. 125 – 160. BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LOPES, George Salomão Lopes (Org.) *Dos princípios constitucionais – considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. MÜLLER, Friedrich. (i) *O Novo Paradigma do Direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009; (ii) *Teoria Estruturante do Direito I*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

19. No sistema constitucional português, ao lado do catálogo de direitos fundamentais expressos na Constituição são admitidos, com igual qualificação, direitos de idêntica natureza consagrados em outros diplomas legais e nos tratados internacionais.

São recepcionados como direitos materialmente fundamentais aqueles que, apesar de não contarem com previsão constitucional expressa, tenham objeto análogo aos formalmente chancelados na Carta Política, ainda que previstos em fontes de natureza infraconstitucional.

O direito de acesso aos tribunais é posicionado ao lado dos direitos fundamentais processuais, encampa as garantias constitucionais do processo e respectivas emanações, e é revelado como direito fundamental formal que requer densificação legal por intermédio de outros direitos fundamentais⁵⁶⁵.

A Constituição Portuguesa o recepcionou como garantia geral que congrega as garantias de acesso ao direito, de admissão aos tribunais pela via do processo equitativo e da prestação jurisdicional em prazo razoável, e como direito fundamental de natureza processual que se materializa por emanações que integram o conceito de processo equitativo e são submetidas ao regime específico dos direitos e liberdades.

Do preceito normativo que o positiva com alto grau de indeterminação é possível deduzir várias irradiações, frequentemente tratadas e referenciadas como prerrogativas processuais fundamentais, também inseridas na legislação infraconstitucional, relacionadas com a promoção da justa composição dos conflitos e a equânime distribuição da justiça.

20. Em Portugal prevalece a teoria dos limites internos, que molda a atividade do legislador o impedindo de formular normas que restrinjam o exercício de um direito fundamental ou o tornem prerrogativa excepcional. Pela sistemática adotada, cada “direito fundamental conta com limites imanentes, fruto da necessidade de concretização de outros direitos fundamentais e da existência de valores superiores do ordenamento jurídico. Os direitos fundamentais têm, assim, como limite extremo, os

⁵⁶⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 490/491.

outros valores jurídicos que são dotados de igual ou superior dignidade constitucional”⁵⁶⁶.

Perquire-se não sobre as limitações impostas a um dado direito fundamental, mas acerca do conteúdo essencial que deve ser protegido⁵⁶⁷, cuja revelação está relacionada com os fins que a informam, e pode ser determinada pela finalidade de garantir posições jurídicas dos possíveis titulares de um direito fundamental, ou pela necessidade de assegurar uma dada situação objetiva, independente de quem a titularize.

21. A preocupação com os limites internos à concretização desses direitos não anula, nem fragiliza, o tratamento das restrições decorrentes da necessidade da observância de outros direitos de semelhante ou superior hierarquia, e de compatibilizá-los entre si e com valores também dignos de proteção⁵⁶⁸.

Os direitos de acesso à justiça, de se defender em contraditório e de produzir provas podem, em certas circunstâncias, sofrer limitações quando a eles se sobreponham outros direitos ou interesses (públicos ou privados) dignos de idêntica proteção, incluindo os direitos que consubstanciam emanções do direito ao justo processo, enquanto expressão da garantia de uma prestação jurisdicional temporal e materialmente efetiva⁵⁶⁹.

⁵⁶⁶ DUARTE, Ronie Preuss. *Garantia do Acesso à Justiça – Contributo para um Fundamento Constitucional do Processo Civil*. Lisboa: Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito. Dissertação de Mestrado em Ciências jurídicas, 2001/2002, p. 129.

⁵⁶⁷ Para Peter HÄBERLE, o “conteúdo essencial dos direitos fundamentais não é uma medida que é passível de ser deduzida ‘em si’ e independentemente do conjunto da Constituição e dos bens jurídicos reconhecidos junto a tais direitos – o que é ignorado pela teoria ‘absoluta’ do conteúdo essencial” (In: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, p. 59). Para ele, todo direito fundamental ou é ponderado como se fosse dotado de um núcleo inviolável que se impõe em qualquer situação e deve ser protegido incondicionalmente, ou é tratado como produto de ponderações calcadas no princípio da proporcionalidade, que lhe conferem um conteúdo essencial adequado à moldura valorativa dominante, ainda que o processo de identificação o descaracterize como direito qualificado pela nota de fundamentalidade.

⁵⁶⁸ O delineamento da legitimidade e da extensão das restrições é problemático nos ambientes onde a verificação da aceitabilidade da intervenção restritiva a um direito processual fundamental seja realizada a partir da ponderação das particularidades de cada situação concreta e dos valores que demandam preservação. G. ZAGREBELSKY pondera que, para Alexy, somente no modelo dos princípios é possível o discurso sobre as restrições aos direitos fundamentais, porque as normas que os definem têm natureza de regra e de princípio e com estes qualificativos devem ser concretizadas pelo intérprete/aplicador. Identifica como regras os enunciados que prescrevem condutas determinadas claramente delineadas, de modo a permitir a aplicação direta e mecânica do seu conteúdo, ao passo que os princípios revelam-se como normas que apenas estabelecem critérios para a possível indicação das condutas esperadas em certas situações concretas, cuja aplicação demanda atividade interpretativa do aplicador e o seu posicionamento acerca da conformidade da conduta e o caso concreto em exame. (In: *Il Diritto Mitte – Legge, Diritti, Giustizia*. Trad. Marina Gascón. Madri: Trotta, 2003, pp. 110-111).

⁵⁶⁹ No contexto dos direitos processuais fundamentais, a ponderação da regularidade das limitações deve levar em conta o direito de acesso aos tribunais em sentido estrito, o direito à igualdade no processo, à

Quando dotados de uma dimensão principiológica, os direitos fundamentais devem ser “realizados em uma medida ótima, ou seja, devem ser garantidos em um nível máximo”, e só podem ser limitados quando a restrição revelar-se indispensável à preservação de outros direitos, valores ou princípios de idêntica dignidade⁵⁷⁰ que reclamam máxima proteção.

As restrições, em virtude do seu caráter excepcional, para serem reconhecidas como válidas pelos órgãos decisórios, devem ser bem delineadas e justificadas de maneira a evidenciar que a opção do legislador teve por lastro um quadro contextual no qual a salvaguarda de outros direitos e garantias de índole fundamental se afigurava irrenunciável, e o respaldo jurisdicional à intervenção restritiva foi baseado na adequação da medida ao ordenamento constitucional e na sua congruência com os valores consagrados na sociedade.

22. O direito de acesso incorpora uma dimensão prestacional da qual decorre a imputação ao Estado da obrigação de atuar positivamente a fim de resolver os diversos entraves opostos à sua efetivação, principalmente, aqueles relacionados com o patrocínio judiciário gratuito, a onerosidade e a morosidade da prestação da tutela jurisdicional.

Enquanto norma qualificada como direito fundamental, vincula todos os poderes públicos estatais e respectivas esferas de atuação, no sentido de viabilizarem a sua efetivação assegurando as condições necessárias à concretização social do seu conteúdo normativo por intermédio da disponibilização de aparato físico e humano especializado em prestar a tutela jurisdicional, da ordenação e regulação de meios processuais céleres e da supressão de atos normativos, administrativos ou jurisdicionais que permitam a violação a direitos ou obstem a plena realização dos seus comandos.

No sistema consolidado na Constituição Portuguesa, o regime dos direitos fundamentais também incide nas relações exclusivamente privadas, em virtude do

independência e imparcialidade do tribunal, à publicidade do processo, à fundamentação das decisões, ao contraditório, à prova, ao recurso, à prolação e execução das decisões dentro de um tempo razoável, e o direito à efetividade material e à estabilidade da decisão judicial.

⁵⁷⁰ DUARTE, Ronie Preuss. *Garantia do Acesso à Justiça – Contributo para um Fundamento Constitucional do Processo Civil*. Lisboa: Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito. Dissertação de Mestrado em Ciências jurídicas, 2001/2002, p. 137.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

fenômeno da “eficácia horizontal” das normas de direito fundamental, abstraído do artigo 18º nº 1, da CRP⁵⁷¹.

23. A eficácia direta e horizontal do regime de proteção e regulação desses direitos depende da natureza das decisões adotadas no âmbito das relações privadas e da forma como afetam os direitos fundamentais dos seus partícipes.

A concretização do acesso à justiça no plano das interações privadas, envolve, também, o respeito à igualdade de modo a disponibilizar a todos o acesso à prestação jurisdicional e a garantia de que os resultados obtidos com a tutela sejam individual e socialmente eficazes, e de que os procedimentos adotados incorporem mecanismos de correção capazes de produzir desfechos que se moldem ao à noção de justiça assente na sociedade.

Constitui obrigação do gestor do processo, independente da natureza da relação jurídica de base, assegurar ao máximo a efetividade das garantias processuais (ou o devido processo legal), a fim de que o seu resultado possa ser qualificado como provimento justo e materialmente conforme o direito. Qualquer limitação a essas garantias demanda justificação calcada na proporcionalidade e demonstração inequívoca de que a restrição aperfeiçoou-se como a medida mais razoável, menos prejudicial aos direitos fundamentais e mais adequada à preservação do bem jurídico (princípios ou valores) tutelado⁵⁷².

4.3. A incidência do direito fundamental de acesso à justiça nas relações privadas.

24. No âmbito da tutela dos direitos civis, a concretização do direito de acesso à justiça é confrontada com a problemática da eficácia *erga omnes* dos direitos fundamentais, que ganhou grande relevância na doutrina e na jurisprudência, sobretudo, no segundo pós-guerra, quando razões de ordem econômica levaram o Tribunal Constitucional Alemão a modificar a forma de apreciar o princípio da autonomia da

⁵⁷¹ Quanto maior a intervenção dos poderes sociais ou de entidades privadas na relação jurídica, menor será a determinabilidade da autonomia privada e mais abrangente e reforçada será a proteção pela via da submissão ao regime de direitos, liberdades e garantias. Para alguns, a aplicação das normas de direito fundamental nas relações privadas, aperfeiçoa-se de forma direta e imediata, sem qualquer intermediação legislativa, para outros, pressupõe a atuação do legislador, e é adstrita aos limites fixados na lei, em razão da natureza da relação jurídica em questão e da forma como nela opera o princípio da autonomia privada.

⁵⁷² O exame da proporcionalidade se desdobra na ponderação da adequação, da necessidade e da racionalidade da medida.

vontade nas relações de direito privado para submetê-lo ao crivo dos valores constitucionalmente recepcionados⁵⁷³.

Os adeptos da teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações de direito privado sustentam que a manutenção da perspectiva individualista na ponderação de tais direitos não mais se justifica diante dos processos de democratização e de socialização, que gravaram no conceito de dignidade humana a ideia de que todos são solidariamente responsáveis pelo respeito aos direitos fundamentais, inclusive, as entidades privadas detentoras de poderes sociais.

Na direção oposta se posicionam os que perfilham a inaplicabilidade dos direitos fundamentais no domínio privado ao argumento de que o aumento do poder interventivo do Estado na órbita da autonomia privada, decorrente do alargamento da validade desses direitos, em derradeira análise, representa o aniquilamento das liberdades.

Para eles, ao Estado, na qualidade de sujeito passivo desses direitos, incumbe assegurar a sua observância também nas relações de natureza privada, mas de forma indireta, mediante o manejo dos princípios próprios do direito privado.

25. No âmbito de eficácia dos princípios catalogados pela CEDH argumenta-se que a circunstância de os particulares não figurarem como partes na Convenção, os desonera do dever de respeitarem os direitos nela estatuídos. Olvida-se que a

⁵⁷³ J. J. Gomes CANOTILHO leciona que os “direitos fundamentais com mero sentido programático” e os “direitos fundamentais dotados de normatividade plena” correspondem a tipos tendencialmente ideais, articulando-se antes, nas constituições, a concepção de direitos fundamentais como direitos subjetivos dotados de um conteúdo garantido e determinado pela norma constitucional com a ideia de direitos fundamentais erguidos a “programas” e “imposições densificadoras” e fundamentalmente dirigidas aos órgãos políticos, sobretudo ao legislador. A positividade dos direitos fundamentais afirma-se, em primeiro lugar, na consideração destes direitos como direitos subjetivos, isto é, como posições ou pretensões individuais juridicamente acionáveis através de procedimentos e processos específicos previstos e regulados na ordem jurídica. A Constituição posiciona estes direitos como programas de ação dos órgãos estaduais (e, agora, também se pode dizer o mesmo no plano do direito internacional e o direito convencional). Em termos mais explícitos, pode dizer-se que os direitos fundamentais são “programa” desde logo quanto às suas dimensões fundantes – dignidade da pessoa humana, desenvolvimento da personalidade, igual dignidade de todos as pessoas –, pois estas dimensões têm de estar presentes nas tarefas concretizadoras levadas a cabo pelos órgãos políticos ou por quaisquer outras pessoas, individuais ou coletivas, encarregadas de concretizar esses direitos. A dimensão objetiva serve para reforçar dimensões subjetivas dos direitos. É o que se passa, por exemplo, com a eficácia irradiante dos direitos na ordem jurídica privada (*Drittwirkung*), com o dever de proteção dos direitos, a cargo do Estado, perante atos agressivos ou de ameaça de agressão por parte de entidades privados (*Schutzpflicht*). A ideia dos direitos como programa para a política, obrigando o legislador e outras autoridades competentes e responsáveis à criação de pressupostos absolutamente indispensáveis à sua efetivação. (Das Constituições dos Direitos à Crítica dos Direitos. In: *Revista de Direito Público*. Porto Alegre: Síntese – IOB, ano II, nº 7, Jan.-Fev.-Mar. De 2005, pp. 80 – 89, p. 82).

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

qualificação dos Estados como exclusivos subscritores e ratificadores da Convenção não os posiciona como destinatários exclusivos das normas convencionais, principalmente, porque nada impede que o Texto impute obrigações aos particulares, aos quais, embora não possam figurar como demandados perante o TEDH, não é lícito recusar o cumprimento das normas Convencionais chanceladas pelo Estado de sua nacionalidade.

Na disposição preambular da CEDH consta a assunção pelos Estados signatários da responsabilidade de promover a efetivação dos direitos enumerados na DUDH, enquanto ideal comum a todos os povos e nações.

Idêntica conclusão decorre do cotejo dos enunciados dos artigos 8º, 9º, 10º e 11º da CEDH, dos quais se infere que os direitos neles garantidos podem ser limitados quando se afigure necessário proteger direitos e liberdades de terceiros; do disposto no artigo 17º, inspirado no artigo 30º da DUDH, que veda aos Estados, aos agrupamentos de pessoas e aos indivíduos exercerem atividades que afrontem direitos e liberdades reconhecidas pela Convenção; e do texto do artigo 13º, que assegura o acesso aos tribunais nacionais àqueles que tiverem direitos violados por particulares ou por agentes investidos em funções oficiais.

Conquanto estabeleça deveres para particulares, a CEDH não prevê qualquer sanção internacional para o caso de descumprimento individual, somente os Estados outorgantes podem ser responsabilizados e julgados pelo TEDH com base em violação a direitos chancelados pela Convenção.

A punição dos particulares recalcitrantes deve ser perseguida no âmbito interno de cada Estado, cujos tribunais podem, de forma legítima, recorrer à jurisprudência adotada em Estrasburgo a respeito dos direitos invocados, para proferirem seus julgamentos. As decisões adotadas em tais casos podem, enquanto expressão da vontade estatal, ser contestadas junto ao TEDH⁵⁷⁴.

26. O problema também é posto relativamente a outros documentos pactícios, mas tem sido contido pela atribuição do “efeito direto horizontal” às normas comunitárias relativas a direitos e liberdades inseridas no Tratado de Roma, que instituiu as Comunidades Européias, consolidadas no Tratado de Lisboa.

⁵⁷⁴ O TEDH no caso *Young, James e Webster c. Reino Unido* (1981) confirmou a posição da Comissão no sentido de considerar os particulares obrigados a observarem os direitos e liberdades consagrados na Convenção, apontando para o reconhecimento de uma eficácia plena de tais direitos.

A intenção de conferir eficácia absoluta aos preceitos de direito fundamental também é inferida do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Civil e Políticos e da CADH.

Em Portugal as posições doutrinárias não são uníssonas. Para Mota Pinto e Lucas Pires, a aplicação dos direitos fundamentais no domínio do direito privado deve ocorrer mediante mecanismos do próprio ramo do direito e a sua abrangência esbarra nos princípios específicos do direito privado. Canotilho e Vital Moreira trilhando caminho oposto defendem que a própria Constituição dispõe que os direitos fundamentais têm eficácia imediata no domínio privado atuando como princípios objetivos da ordem jurídica civil, cuja inobservância invalida os negócios jurídicos contrários⁵⁷⁵.

Para José João Abrantes a questão não reside no fato de saber se os preceitos fundamentais obrigam ou não as entidades privadas, já que tais preceitos, obviamente valem para toda a ordem jurídica impondo-se a todas as órbitas da vida social, mas em identificar até que ponto ou de que forma esses direitos vinculam os particulares em suas relações recíprocas.

Sustenta que “numa ordem constitucional que pretende conjugar a solidariedade e a liberdade individual, a eficácia dos direitos fundamentais deverá ser harmonizada com a autonomia privada, que, embora não seja um direito fundamental, é recebida pela Constituição como princípio de valor encontrando-se subjacente aos direitos garantidos”⁵⁷⁶.

27. A eficácia direta e horizontal nas relações privadas do regime de proteção aos direitos fundamentais não implica, necessariamente, na aplicação plena de todas as

⁵⁷⁵ Para Ronie Preuss DUARTE, “se ao Estado não é lícita a perturbação do exercício de direitos fundamentais à míngua de um processo que goze de garantias que o tornem apto a ensejar um resultado justo, o mesmo se pode dizer com relação às entidades privadas” (In: *Garantia do Acesso à Justiça – Contributo para um Fundamento Constitucional do Processo Civil*. Lisboa: Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito. Dissertação de Mestrado em Ciências jurídicas, 2001/2002, p. 121). J. J. Gomes CANOTINHO sustenta que “a autonomia privada não deve servir à admissão de uma ‘dupla ética’ no seio social. Ao particular é proibido aquilo que se veda à Administração pública, em termos de restrição aos direitos fundamentais” (In: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1294).

⁵⁷⁶ ABRANTES, José João Nunes. *A Vinculação das Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 1990, p. 94.

emanações da garantia do acesso à justiça no espaço de atuação das instituições privadas⁵⁷⁷.

Algumas dessas garantias ou direitos reflexos são de difícil materialização nos processos decisórios privados, notadamente, em virtude da ampla liberdade de regulação que os caracteriza. É o que se depreende, por exemplo, do direito ao contraditório, e à paridade de armas, e do direito a um procedimento justo. Nesses processos, a incidência das normas que disciplinam garantias fundamentais, é respaldada pela interpretação sistêmica dos princípios da justiça, da dignidade humana e do Estado de direito que determinam “a proteção da esfera jurídica contra ingerências arbitrárias que prejudiquem o patrimônio jurídico do indivíduo”⁵⁷⁸, e justificam limitações à liberdade de formação dos procedimentos privados, mormente, naqueles de cunho sancionatório, como forma de validar e tornar idôneas as decisões adotadas.

A liberdade real e efetiva que a ordem jurídico-constitucional resguarda revela-se como expressão do poder de autodeterminação, oponível aos poderes públicos e às entidades privadas, que incorpora o patrimônio jurídico das pessoas morais de direito

⁵⁷⁷ Para exame específico sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, analisar: GALIZA, Andréa Karla Amaral de. *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: Teoria e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011; MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – análise da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, pp. 207-225, 1998; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto, e GERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, pp. 108-115, 2001; ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O Direito Público em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999; FERNANDES, Candice Gentil. A Proteção Internacional do Direito do Consumidor: a questão do Brasil no Mercosul. In: MARTINS, Ana Maria Guerra (Coord.). *Estudos de Direito Europeu e Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, pp. 462-505, 2005; DECAUX, Emmanuel. L’Applicabilité des Normes Relatives aux Droits de L’Homme aux Personnes Morales de Droit Prive. In: *Revue Internationale de Droit Compare (Revue Trimestrielle publiée avec le concours du CNRS et sous les auspices du Centre Français de Droit Compare)*. Paris: France-Quercy – Société de Législation Comparée, année 54, n° 2, pp. 549-578, Avril-Juin 2002; FERNÁNDEZ, Rafael García-Valdecasas y. La protección jurisdiccional de los derechos de los particulares en Unión Europea. In: *Órganos judiciales e procesos de integración*. Asunción: Centro Cultural de España ‘Juan de Salazar’, pp. 141-181, 1997; e, VANDERNOOT, Pierre. La Cour D’Arbitrage de Belgique et le Droit D’Accès aux Juridictions. In: *Les Droits de L’Homme au seuil du Troisième Millénaire – Mélanges en Hommage à Pierre Lambert*. Bruxelles: Bruylant, pp. 959-989, 2000.

⁵⁷⁸ DUARTE, Ronie Preuss. *Garantia do Acesso à Justiça – Contributo para um Fundamento Constitucional do Processo Civil*. Lisboa: Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito. Dissertação de Mestrado em Ciências jurídicas, 2001/2002, p. 119.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

privado, e permite a consagração de direitos coletivos fundamentais ao lado de direitos individuais de igual natureza⁵⁷⁹.

4.4. As inconsistências na efetivação do acesso ao direito e à justiça nos Estados nacionais.

28. A sagração do acesso ao direito e à justiça como norma de direito fundamental em instrumentos normativos de direito internacional não produziu efeitos plenamente satisfatórios nas ordens jurídicas domésticas do ocidente.

As investigações realizadas por Mauro CAPPELLETTI e Bryant GARTH no âmbito do Projeto Florença, e os inúmeros estudos realizados com base nas suas conclusões, demonstraram que os modelos idealizados para viabilizarem a disponibilização de instrumentos igualitários e acessíveis para a tutela dos direitos civis e a composição rápida e efetiva dos litígios neles fundados, sob a intermediação imparcial do Estado, ainda se revelam inaptos para produzirem resultados satisfatórios.

O discurso centrado na concretização do direito de acesso à justiça no âmbito interno dos Estados atribui maior destaque à verificação das ações ou omissões oficiais que constituem obstáculos à sua efetivação, e tende a moldar-se aos debates domésticos acerca da realização dos direitos sociais.

Nos países que alcançaram alto grau de desenvolvimento a problemática do acesso ao direito e à justiça posiciona-se nas barreiras ao reconhecimento dos direitos de determinadas classes sociais, e relaciona-se intimamente com os direitos ditos de terceira geração, mais especificamente, com a extensão dos direitos de cidadania às minorias.

Por outro lado, nas nações onde as desigualdades sociais se afiguram mais profundas, o discurso, quando não é focado na ausência de reconhecimento do direito de acesso à justiça, é direcionado às limitações ao seu exercício, e especialmente, à inacessibilidade da maioria dos cidadãos aos instrumentos garantidores de direitos básicos referentes à liberdade e à fruição dos direitos civis e políticos.

⁵⁷⁹ DECAUX, Emmanuel. L'Applicabilité des Normes Relatives aux Droits de L'Homme aux Personnes Morales de Droit Prive. In: *Revue Internationale de Droit Compare (Revue Trimestrielle publiée avec le concours du CNRS et sous les auspices du Centre Français de Droit Compare)*. Paris: France-Quercy – Société de Législation Comparée, année 54, n° 2, pp. 549-578, Avril-Juin 2002, p. 555.

O debate não se restringe à relação de causa e efeito entre as situações de inacessibilidade e a crise na administração da justiça decorrente da sobrecarga suportada pelas instituições judiciárias, das deficiências dos serviços judiciais, da morosidade na prestação jurisdicional e da má gestão dos órgãos responsáveis pelo exercício da função jurisdicional.

Para além de incorporar a análise crítica dos fundamentos e das formas de concretização dos direitos, e a ponderação da utilidade prática da estrutura das instituições judiciais, dos métodos de formação dos profissionais do direito e das propostas de reformas dos sistemas processuais, encetadas com o objetivo de tornar efetivos os novos e antigos direitos, resgatar o papel fundamental do judiciário, restaurar a confiança dos indivíduos nas instituições jurídicas e possibilitar respostas jurisdicionais adequadas às pretensões ajuizadas⁵⁸⁰, a ponderação da efetividade do direito de acesso ao direito e à justiça encampa, também, a identificação dos fatores econômicos, sociais e culturais que o limitam e constituem óbices ao acesso aos mecanismos disponibilizados para a tutela dos direitos pela via da composição dos conflitos.

29. A maioria dos doutrinadores, na esteira dos estudos de CAPPELLETTI e GARTH, tem apontado como principais obstáculos à acessibilidade as despesas processuais, a morosidade, a desigualdade material das partes e a falta de conhecimento técnico do homem comum acerca dos seus direitos e dos instrumentos aptos para efetivá-los.

Dessas condicionantes que afetam a concretização do acesso ao direito e à justiça destacam-se, em primeiro plano, as variáveis relativas ao excessivo custo do processo, que abrangem as questões alusivas ao valor das custas processuais, aos honorários advocatícios, às causas de pequeno valor e à duração do processo.

Nesse contexto, sobressaem, também, as determinantes sociais e culturais que dizem respeito à posição social e às condições pessoais específicas de cada pretendente à tutela estatal, e incluem digressões sobre o modo como as pessoas se posicionam diante dos órgãos responsáveis pela administração da justiça, ou seja, se em virtude da

⁵⁸⁰ GOMES NETO. José Mário Wanderley e PORTO, Júlia Pinto Ferreira. Análise Sociojurídica do Acesso à Justiça: As implicações no pluralismo jurídico do acesso à ordem jurídica justa. In: GOMES NETO. José Mário Wanderley (Coord.). *Dimensões do Acesso à Justiça*. Salvador: Juspodivm, Coleção Temas de Processo Civil, pp. 133-182, 2008.

posição social que ocupam têm maior facilidade ou dificuldade para acessar a justiça, e se, em razão do *status* financeiro ou do grau de escolaridade que ostentam, apresentam maior desenvoltura ou melhores condições para suportar as delongas processuais, propor demandas ou defender-se naquelas contra si propostas⁵⁸¹.

Alguns desses entraves resultam da própria atuação estatal e se materializam em medidas limitadoras das liberdades individuais que provocam desequilíbrio na distribuição de oportunidades concedidas aos atores processuais, outros decorrem de fatores que afetam as condições econômico-financeiras dos indivíduos ou dos órgãos responsáveis pela administração da justiça, incluindo os referentes aos custos da tutela jurisdicional e aos critérios utilizados para fixar a política judiciária de repartição de competências e de implantação de unidades jurisdicionais.

Concorrem com esses fatores, a ineficiência do sistema de direitos substanciais e dos instrumentos processuais disponibilizados à população como meios pacificadores da conflituosidade social, a ideologia conservadora dos operadores do direito, o desconhecimento, pelos indivíduos, dos direitos chancelados no ordenamento, e a exacerbada proteção legislativa dos interesses da minoria dominante.

30. O apego à aplicação formal do Direito segundo princípios rígidos da lógica e da hermenêutica, também pode constituir obstáculo ao acesso ao direito e à justiça à medida que atuações fundadas nessa perspectiva podem mascarar o real sentido das normas⁵⁸².

A aplicação normativa formalista fundada numa interpretação atomizada dos textos e no privilégio das argumentações lógicas baseadas no princípio da não contradição, conquanto deixe de lado “os aspectos políticos e históricos do fenômeno jurídico, por considerá-los empiricamente contingentes, de um lado destacando o racional-jurídico como universal e necessário e, de outro, reduzindo as condutas às estruturas normativas, numa contínua construção e reconstrução das estruturas formais

⁵⁸¹ A formação racional sobre a existência de direitos e a capacidade para posicionar-se diante de uma situação de ofensa a direito constituem elementos relevantes para a concretização do acesso à justiça. Somente os litigantes mais informados sobre o funcionamento dos órgãos jurisdicionais têm melhores condições de identificarem os instrumentos disponíveis no sistema processual para a tutela dos seus direitos.

⁵⁸² Mauro CAPPELLETTI assinala que, enquanto “movimiento intelectual, el acceso a la justicia ha expresado una potente reacción contra la postura dogmático-formalista que pretendía identificar el fenómeno jurídico exclusivamente en el complejo de las normas, esencialmente de derivación estatal, de un determinado país” (*Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*. México: Porrúa, 1993, p. 82).

do direito”⁵⁸³, não se coaduna com a missão que o Estado Democrático de Direito contemporâneo conferiu à função jurisdicional⁵⁸⁴.

Em nossos dias, na maioria dos sistemas do direito legislado do ocidente, vigora o entendimento de que a experiência normativa não pode ser alicerçada na neutralidade dos juízes e tribunais, cujo trabalho crítico-valorativo desenvolvido no processo de interpretação/aplicação das normas, além de permitir questionamentos sobre as instituições, os fundamentos e as potencialidades dos sistemas jurídicos, deve possibilitar a identificação das fórmulas capazes de tornarem o direito conhecido e acessível aos seus destinatários diretos e indiretos, e dos mecanismos que o atualizam habilitando-o a responder satisfatoriamente às demandas sociais⁵⁸⁵.

31. A desconexão entre a função jurisdicional e os anseios sociais de justiça, resultante, sobretudo, da inabilidade prática dos órgãos judiciais em manejar os postulados constitucionais, também configura importante óbice ao acesso à ordem jurídica justa, à medida que permite o alheamento do julgador relativamente aos fins da relação processual e ao seu distanciamento dos usuários do sistema jurisdicional.

A plena acessibilidade e a efetiva realização da justiça relacionam-se diretamente com a mudança da perspectiva do intérprete/aplicador no que tange à sua participação e condução do processo e à sua capacidade de assimilar novas fórmulas e vias de composição dos conflitos⁵⁸⁶.

A concretização do direito de acesso à justiça é igualmente fragilizada pelas restrições e privilégios impostos pelo ordenamento em prol dos interesses de algumas classes e do próprio Estado, geralmente em afronta às aspirações éticas da sociedade e

⁵⁸³ FARIA, José Eduardo. Ordem Legal x Mudança social: a crise do Judiciário e a formação do magistrado. In: FARIA, José Eduardo (Org.) *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989, p. 99.

⁵⁸⁴ Nos Estados que ainda trilham a acessibilidade na sua perspectiva mais primitiva, o recurso ao formalismo normativista configura uma forma de garantir a segurança jurídica e de blindar a atuação jurisdicional contra as ingerências políticas internas e externas. Nessas nações vigora a equivocada concepção de que, quanto mais reflita a moldura legal, menor a probabilidade de a atuação jurisdicional ser maculada por interesses escusos, ou viciada pela redução do equilíbrio processual.

⁵⁸⁵ É no debate sobre a acessibilidade ao direito e à justiça que o caráter político da administração da justiça se revela com maior nitidez e as correntes ideológicas que a informam aparecem com mais ênfase, quebrando a ideia tradicional de que a justiça deve, necessariamente, ser aplicada a partir de uma atividade neutra desenvolvida por um órgão equidistante dos interesses em jogo.

⁵⁸⁶ No âmbito interno, a inacessibilidade aos mecanismos judiciais tende a produzir o surgimento de ordens normativas paralelas ao ordenamento oficial e mecanismos privativos de composição dos conflitos posicionados à margem do sistema legal de resolução dos litígios.

em notório prejuízo à conformação de uma ordem jurídica justa⁵⁸⁷, e pelo desconhecimento do conteúdo dos direitos e dos instrumentos disponibilizados pela ordem jurídica para garantir a sua efetividade⁵⁸⁸.

A efetivação do acesso à justiça pela via da provocação da jurisdição está intimamente ligada ao conhecimento do direito cuja tutela é pretendida, e à compreensão dos instrumentos processuais aptos para assegurá-la e do funcionamento dos órgãos responsáveis pela prestação da tutela jurisdicional⁵⁸⁹. Quanto menor o grau de instrução do indivíduo menor será a sua aptidão para se identificar como sujeito de direitos, ou mesmo de perseguir a tutela preventiva, compensatória ou reparatória diante de ameaça ou violação aos seus interesses.

A falta de políticas institucionais que enfatizem a democratização do acesso ao conhecimento dos direitos, dos mecanismos idealizados para sua efetivação e das complexas estruturas judiciais de prestação da tutela jurisdicional, mantém-se como os maiores entraves à plena acessibilidade a uma ordem jurídica justa e equitativa.

Problema similar coloca-se no plano da identificação dos critérios de justiça utilizados pelo intérprete/aplicador para fundamentar a sua decisão, e na dimensão da liberdade de atuação que lhe é conferida no exercício da atividade jurisdicional⁵⁹⁰.

32. No Estado Democrático de Direito o tratamento isonômico dos indivíduos como via de concretização da justiça social configura mecanismo que só se materializa com a viabilização da igualdade de oportunidades de acesso e de participação nos processos decisórios.

⁵⁸⁷ José CICHOCKI NETO sustenta que “a proteção legislativa, em maior grau aos interesses da minoria dominante, quer seja fruto do próprio texto legislativo, quer das decisões jurisdicionais, é fator que inibe o acesso à justiça à parcela dos usuários do sistema, pois desconsidera os valores ético-sociais vigentes” (*Limitações ao Acesso à Justiça*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 109).

⁵⁸⁸ A carência de conhecimento sobre os direitos abrange o desconhecimento do processo legislativo de criação normativa e o distanciamento resultante das dificuldades linguísticas e econômico-financeiras da população.

⁵⁸⁹ René DAVID, ao prefaciar obra de Mauro CAPPELLETTI, asseverou constituir fator de desigualdade manter-se a ignorância das pessoas com relação aos seus direitos, bem como relativamente aos remédios que podem obter dos tribunais. Para ele, o auxílio jurídico deve suplantiar a assistência judiciária, especialmente nos casos em que se visualiza inútil recorrer aos tribunais. Sustenta que é através do esclarecimento das pessoas sobre seus direitos e as suas possibilidades de agir que poderemos, de fato, obter modificações em certos comportamentos contrários aos direito (Tradução livre). (In: CAPPELLETTI, M. *Accès a la justice et état-providence*. Paris: Economica, 1984, p. 4).

⁵⁹⁰ Fato que repercute no questionamento sobre as dimensões da justiça nas deliberações jurisdicionais e como a partir da atividade judicial é possível sanar a injustiça e a inadequação social dos textos normativos, à medida que a desobstrução do acesso também implica a garantia da obtenção de resultados justos.

A referência a uma ordem jurídica justa tem a ver com a justiça na legislação e a aplicação justa do direito. A efetivação do direito de acesso à justiça, enquanto expressão do acesso à ordem jurídica justa, requer que o processo desenvolvido para interpretação/aplicação do direito seja compatível com as exigências de justiça perceptíveis na sociedade⁵⁹¹.

33. No modelo ocidental, o órgão estatal que presta a tutela jurisdicional nos países adeptos da *civil law* manipula o texto normativo aplicável à situação que lhe é dada a decidir⁵⁹², como ponto de partida para a decisão, parâmetro para o exame da correção do seu conteúdo e limite da sua atuação⁵⁹³.

Aceder à justiça, nesses sistemas, significa ter acesso a uma decisão que, embora não possa ser ponderada sob o aspecto da certeza, seja razoável, proporcione segurança, se apresente adequada aos valores que informem as normas e os fatos jurídicos, tenha por fundamento regras e princípios consagrados na ordem jurídica em vigor, e leve em consideração os efeitos práticos que as valorações desenvolvidas produzem sobre as situações concretas⁵⁹⁴.

Responsável pela expressão do ideal de justiça que confere consistência à ordem jurídica, o intérprete/aplicador deve portar-se como “canal de comunicação entre a carga axiológica da sociedade em que vive” e os textos normativos em vigor, a fim de que as normas que concretiza fiquem iluminadas pelos valores reconhecidos no momento presente⁵⁹⁵.

⁵⁹¹ Plauto Faraco de AZEVEDO sustenta que a atribuição de prevalência ao texto literal da lei pode importar na frustração das expectativas sociais e impedir a “normal evolução do direito e a superação das contradições sociais pela via pacífica e criativa de jurisprudência” (In: *Justiça distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: Fabris, 1983, p. 128).

⁵⁹² HASSEMER, Wilfried. Sistema jurídico y codificación: la vinculación del juez a la ley. In: KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Wilfried. *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Tradução de Maria José Farinas Dulce et al. Madrid: Editorial Debate, 1992, p. 200.

⁵⁹³ Alf ROSS pondera que a atitude do intérprete/aplicador diante das normas e as conexões que realiza com as demais normas do ordenamento com o objetivo de compreender os motivos e propósitos sociais que ensejaram a sua edição, revelam as suas aspirações políticas e ideológicas (In: *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994, p. 137).

⁵⁹⁴ Enrique VESCOVI destaca que “el juez como hombre de su época, se encuentra efectiva y realmente inserto en la realidad social, económica y política que lo rodea, de modo de traducir en la jurisprudencia las legítimas aspiraciones de su comunidad, de la cual debe ser intérprete” (La independencia de la magistratura en la evolución actual del derecho. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 30, 1983).

⁵⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 421.

34. O processo, qualificado como principal instrumento de realização dos direitos, não se desenvolve indiferente à relação jurídica de direito substancial levada ao conhecimento do intérprete/aplicador, nem à margem dos valores que traduzem ao tempo da sua efetivação, a concepção de justiça socialmente chancelada⁵⁹⁶.

Para se aperfeiçoar como mecanismo hábil de promoção do acesso a uma ordem jurídica justa, incorpora os valores éticos e políticos que informam o ordenamento, revela-se adaptável às necessidades e aspirações sociais, e serve à justa composição dos conflitos, possibilitando o tratamento isonômico dos litigantes no exercício do contraditório e a equânime distribuição de oportunidades técnicas e econômicas ao longo do litígio.

A sua plena concretização pressupõe a existência de órgãos capacitados para decidir de forma imparcial sobre os interesses substanciais em conflito, tratar igualitariamente aos litigantes e assegurar-lhes paridade de armas sem frustrar as exigências de justiça, a fim de garantir a regularidade, a lealdade e a rapidez na prática dos atos e o alcance de resultados justos e eficazes⁵⁹⁷.

35. No curso do processo podem ser visualizados problemas no tratamento do direito, na adequação do rito à natureza da tutela pleiteada, nos métodos de conhecimento e de apreciação das provas, e nos mecanismos de reexame das decisões proferidas.

Para além desses fatores, constituem circunstâncias que obstam a plena realização do processo enquanto instrumento de acesso à ordem jurídica justa, a esclerose das leis processuais diante da crescente ampliação dos direitos e da legitimação para propositura de ações fundadas na defesa de interesses coletivos, difusos e homogêneos; o abuso da utilização do processo como mecanismo protelatório da tutela jurídica dos direitos; e a imposição de limites à admissão de pretensões perante as estruturas jurisdicionais supranacionais habilitadas a se sobreporem à atuação dos órgãos domésticos, especialmente, na aplicação de normas de direito internacional e

⁵⁹⁶ ALVIM, Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – Sua evolução ao lado do direito material. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 180.

⁵⁹⁷ José CICHOCKI NETO sustenta que “a operação de um sistema destinado a propiciar eficaz e efetivamente o acesso à ordem jurídica justa, depende não apenas da disponibilidade de instrumentos processuais; mas, também, da forma com que são utilizados” (In: *Limitações ao Acesso à Justiça*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 140).

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

comunitário com base em critérios de justiça e valores não restritos às realidades nacionais.

Ao lado dessas condicionantes, as deficiências na formação de agentes estatais incumbidos de intermediarem a composição dos conflitos, o aumento da demanda judicial induzida pela atuação irresponsável de advogados inescrupulosos, e a carência na prestação da assistência judiciária a quem não ostenta condições para suportar os custos do processo, também figuram como circunstâncias que dificultam a acessibilidade ao direito e à justiça.

É, entretanto, o problema da efetividade do processo, enquanto principal instrumento de acesso às vias de concretização judicial dos direitos, o aspecto que assume papel central na atualidade⁵⁹⁸.

⁵⁹⁸ Conquanto incorporem caráter eminentemente instrumental/adjetivo, as normas processuais também são expostas aos impactos sociais decorrentes dos modos como são operacionalizadas e aos efeitos do recurso às vias alternativas ao sistema oficial de administração da justiça.

5. O Direito de acesso à justiça como garantia de um processo equitativo.

1. A contextualização do acesso à justiça no plano interno, como direito fundamental de segunda geração, não afetou a tendência da doutrina e da jurisprudência de atribuir-lhe uma conotação estrita, identificando-o com o direito de acesso aos tribunais ou aos meios judiciais de solução das contendas. Essa perspectiva também lastreou os trabalhos realizados no âmbito do Projeto Florença e com frequência tem servido para justificar diversas reformas processuais nos ordenamentos domésticos do ocidente⁵⁹⁹.

O acesso ao direito e à justiça concretiza-se, nessa versão, pela garantia de um processo equitativo capaz de gerar manifestação soberana do poder jurisdicional, e suscita questões sobre os entraves à admissão formal aos tribunais e à efetividade do processo.

Enfatiza-se o discurso que busca identificar os instrumentos que possibilitam o acesso a uma prestação jurisdicional adequada e de resultados eficazes, materializada em decisões racionalmente motivadas de acordo com as normas, precedentes e valores sociais recepcionados pelo ordenamento jurídico⁶⁰⁰, suficientemente aptos para restabelecerem a paz social por intermédio da tutela concreta de interesses juridicamente protegidos⁶⁰¹.

A tutela efetiva dos direitos depende da eficiência do sistema judiciário em assegurar a integridade dos procedimentos previamente instituídos, nos quais seja

⁵⁹⁹ José Mário Wanderley GOMES NETO e Júlia Pinto Ferreira PORTO apontam, com propriedade, que “ao acesso efetivo aos sistemas judiciários enquanto movimento de pensamento e pesquisa relaciona-se o aspecto cultural do acesso à justiça; enquanto que, ao acesso estrito enquanto movimento de reformas processuais, institucionais e normativas, relaciona-se o aspecto prático da acessibilidade” (Análise Sociojurídica do Acesso à Justiça: As implicações no pluralismo jurídico do acesso à ordem jurídica justa. In: GOMES NETO. José Mário Wanderley (Coord.). *Dimensões do Acesso à Justiça*. Salvador: Juspodivm, Coleção Temas de Processo Civil, pp. 133-182, 2008. 169).

⁶⁰⁰ TEIXEIRA, João Paulo Allain. Acesso à Justiça, Proporcionalidade e a “Pílula Vermelha”: entre Racionalidade e Hermenêutica. In: GOMES NETO. José Mário Wanderley (Coord.). *Dimensões do Acesso à Justiça*. Salvador: Juspodivm, Coleção Temas de Processo Civil, pp. 87-96, 2008, p. 95.

⁶⁰¹ Acesso à justiça, nesta perspectiva, significa possibilitar a tutela dos direitos por intermédio de decisões adequadas e socialmente convincentes, o que implica assegurar a um julgamento justo, congruente com os critérios de justiça efetivamente vigentes e os princípios consagrados na ordem jurídico-constitucional.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

garantida a paridade de armas, o amplo contraditório e atuação jurisdicional desenvolvida de forma imparcial, independente, fundamentada e célere⁶⁰².

2. O processo, na sua “condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica, mas, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais”, de maneira a qualificar a jurisdição como poder revelador e protetor dos direitos e garantias respaldados na Constituição⁶⁰³.

Visualizado como meio para construção de decisões justas dentro do marco de correção fixado pelo sistema normativo em vigor, se relaciona com dois grupos essenciais de direitos fundamentais, os que se referem aos valores da efetividade e da segurança jurídica, e os que assumem natureza instrumental e qualificam o processo como mecanismo de realização da Justiça, capaz de viabilizar prestação jurisdicional eficiente, efetiva, justa e acessível a todos.

A efetivação do acesso à justiça, assim contextualizada, envolve, além da promoção de um nível de igualdade que possibilite a todos o acesso à prestação jurisdicional, a garantia de que os resultados obtidos com a tutela deferida sejam individual e socialmente eficazes.

Não basta que a jurisdição seja organizada para resolver os conflitos, é necessário que os procedimentos adotados incorporem garantias de correção capazes de

⁶⁰² Para maior imersão no tema, conferir: PAPAPANTOLEON, Kleio. As Múltiplas Leituras do Princípio da Igualdade: Comentários Sobre a Decisão Grutter vs. Bollinger et al. da Suprema Corte dos Estados Unidos. In: *Cadernos de Direito do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba*. Piracicaba: Gráfica UNIMEP, Volume 3, Número 5, p. 276-287, 2003; DEL VECCHIO, Giorgio. Igualdade e desigualdade perante a justiça. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo: FDUSP, v. LXI, Fasc. I, p. 26-43, 1996; MOTTA, Cristina Reindolf da. Due Process of Law. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *As Garantias do Cidadão no Processo Civil: Relações entre Constituição e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 261-278, 2003; ROLLIN, Cristiane Flores Duarte. A Garantia da Igualdade no Processo Civil frente ao Interesse Público. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *As Garantias do Cidadão no Processo Civil: Relações entre Constituição e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 53-76, 2003; CROCQ, Pierre. Le Droit a un Tribunal Impartial. In: *Libertés et Droits Fondamentaux*. Paris: Dalloz, pp. 339-453, 2005; e, CAPPELLETTI, Mauro. *Les Garanties Fondamentales des Parties dans le Procès Civil*. Milano: Guiffrè, 1973.

⁶⁰³ OLIVEIRA, C. A. Álvaro de. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Publicação do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, pp. 81-101, nº 24, 2003 (1º semestre de 2003), p.83. Ainda para este doutrinador, a qualificação do processo como mecanismos de expressão dos valores constitucionalmente recepcionados é potencializada “por dois fenômenos fundamentais de nossa época: o afastamento do modelo lógico próprio do positivismo jurídico, com a adoção de lógicas mais aderentes à realidade jurídica, como a tópica-retórica, e a consequente intensificação dos princípios, sejam eles decorrentes do texto legal ou constitucional ou não” (p. 84).

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

assegurar desfechos que se moldem ao conceito de justiça em voga na sociedade. Uma atividade jurisdicional “desordenada ou desconforme com as exigências da justiça revelará a toda a sociedade a injustiça da organização e funcionamento dessa mesma sociedade: a justiça do Direito depende mais, em consequência, da concretização que a função jurisdicional lhe confere do que das proclamações constitucionais ou legislativas de justiça”⁶⁰⁴.

Assegurar ao máximo a efetividade das garantias processuais (ou o devido processo legal) é dever do gestor do processo, e pressuposto necessário para a qualificação do seu resultado como provimento justo e materialmente conforme o direito.

Qualquer restrição a essas garantias demanda justificação calcada na proporcionalidade, o que implica demonstrar que a limitação aperfeiçoou-se como a medida mais razoável, menos prejudicial aos direitos fundamentais e mais adequada à preservação do bem jurídico (princípios ou valores) de idêntica natureza que ensejou o sacrifício da garantia⁶⁰⁵.

3. Nesse cenário, as questões alusivas à aplicação e interpretação do direito são condicionadas pelos limites opostos à liberdade do julgador em produzir decisões revestidas de graus diferenciados de certeza e segurança jurídica ou de justiça.

Em outros termos, os questionamentos sobre a acessibilidade também exigem o tratamento específico dos modos de atuação jurisdicional, quer na emissão de provimentos previsíveis por consubstanciarem mera reprodução dos textos normativos ou de precedentes, quer na construção de decisões impregnadas com maior grau de comprometimento social a fim de proporcionar maior aproximação das normas de incidência com o sentido de justiça presente na sociedade.

Processo efetivo é processo concluído em tempo razoável, segundo uma fórmula racional e descomplicada, por intermédio de um provimento que responda adequada e satisfatoriamente à situação lamentada.

A razoabilidade do tempo processual é aferida a partir da harmonização dos ideais de rapidez e certeza que informam a relação processual, e é condicionada pela

⁶⁰⁴ OTERO, Paulo. A Crise na Concretização Jurisdicional da Justiça. In: *O Debate da Justiça*. Lisboa: Vislis, 2001, p. 161.

⁶⁰⁵ O exame da proporcionalidade se desdobra na ponderação da adequação, da necessidade e da racionalidade da medida.

natureza dos direitos e interesses em jogo, pela conduta das partes no curso da relação processual, pela complexidade das questões jurídicas ventiladas, pelas dificuldades na produção das provas e na conciliação dos procedimentos aos prazos previstos, e pelas possíveis repercussões individuais, sociais, econômicas e até políticas dos provimentos demandados⁶⁰⁶.

5.1. O processo como via de acesso ao direito e à justiça civil.

4. O processo, nas sociedades democráticas, enquanto instrumento de expressão e concretização do poder jurisdicional, materializa-se como mecanismo de participação política e de transformação da sociedade.

No exercício das suas funções, o julgador assume posturas político-ideológicas, distintas daquelas visualizadas na atividade político-partidária, focadas na proteção dos direitos sociais e econômicos incluídos na pauta dos direitos de cidadania, e no desempenho de uma prestação jurisdicional eficiente, rápida e útil.

Como ferramenta de revelação da atividade jurisdicional e de consolidação do controle institucional por intermédio de procedimentos constitucionalmente estruturados, o processo estabiliza-se como principal via de acesso à ordem jurídica justa, de realização do direito objetivo e de concretização da justiça, num contexto de interdependência lógica entre o sistema substancial de direitos recepcionado pelo ordenamento jurídico, e o conjunto de instrumentos idealizados para efetivá-los mediante interpretações e aplicações equânimes⁶⁰⁷.

⁶⁰⁶ A natureza do direito lesado ou ameaçado de lesão constitui fator de grande importância para aferição da razoabilidade do tempo processual. Nem sempre um direito pode ser resguardado ou tutelado de forma eficiente mediante o manejo de técnicas e procedimentos comuns, sobretudo, quando a sua proteção somente pode ser alcançada por intermédio de tutela diferenciada de cognição plena ou sumária, exauriente ou não, adequada aos seus aspectos específicos.

⁶⁰⁷ Sobre as novas tendência do enquadramento do direito processual como sistema reforçado no âmbito da ordem constitucional: PROVINCIALI, Renzo. *Norme di Diritto Processuale nella Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1959; MOREIRA, José Carlos Barbosa. (i) Tendências Contemporâneas do direito processual civil. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1984; (ii) Notas sobre o problema de “efetividade” do processo. In: *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, nº 29, 1983; FAVELA, José Ovalle. Tendencias actuales en el derecho procesal civil. In: FERNÁNDEZ, José Luis Soberanes (Coord.). *Tendencias actuales del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1996; e, LACERDA, Galeno. *Processo e Cultura*. In: *Tribuna da Magistratura*. São Paulo: Associação Paulista de Magistrados – APAMAGIS, p. 57-65, Abr., 1999.

Enquanto mecanismo que operacionaliza o exercício da tutela jurisdicional⁶⁰⁸ desenvolve-se como meio de efetivação do direito fundamental à proteção judiciária⁶⁰⁹, e via de acesso a uma tutela justa, eficaz e adequada ao meio socioeconômico sobre o qual incide⁶¹⁰.

Nesse contexto, as inconsistências na efetivação do direito de acesso à justiça podem resultar das incongruências do direito positivo posto ou dos precedentes consolidados, que impedem que a atividade de interpretação/aplicação do seu conteúdo seja afirmada em conformidade com critérios de justiça; ou decorrer da inefetividade do conjunto instrumental edificado para dar concretude aos precedentes e comandos normativos, quer em virtude da inadequação, obsolescência ou inutilidade dos mecanismos instituídos, quer em razão da ineficiência do aparato jurisdicional em propiciar a real efetivação dos escopos sociais, políticos e jurídicos do processo e a construção de decisões materialmente justas.

Quanto maior o equilíbrio obtido na atuação dos envolvidos no litígio e dos agentes habilitados a manipularem os instrumentos necessários à prestação da tutela perseguida, mais justo será o sistema de acesso ao direito e à justiça. O intérprete/aplicador ao proferir uma decisão sobre a situação concreta que lhe é submetida realiza a justiça pela efetivação normativa e pela aplicação dos valores que lhe serviram de fundamento.

⁶⁰⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo CINTRA, Ada Pellegrini GRINOVER e Cândido Rangel DINAMARCO sustentam que a jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade, consubstancia o complexo de atos praticados pelo juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente por intermédio de um processo estruturado no devido processo legal. (In: *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 129).

⁶⁰⁹ Para Sérgio Torres TEIXEIRA, apenas com “a evolução das garantias fundamentais dos jurisdicionados, o processo ganhou uma nova função como meio para concretização de direitos fundamentais” (Acesso à Justiça e Crise do Modelo Processual Brasileiro Contemporâneo: Superando os Obstáculos à Efetividade do Processo Trabalhista. In: GOMES NETO. José Mário Wanderley (Coord.). *Dimensões do Acesso à Justiça*. Salvador: Juspodivm, Coleção Temas de Processo Civil, pp. 183-209, 2008, p.200).

⁶¹⁰ O cumprimento da missão de propiciar a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa, requer, na concepção de Cândido Rangel DINAMARCO, a solução dos problemas que afetam a admissão em juízo, o modo de ser dos procedimentos, os critérios de julgamento ou a justiça das decisões, e a utilidade das decisões que concretizam direitos. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 303).

A questão da acessibilidade não é posta com relação ao valor justiça que permeia os ordenamentos jurídicos, cuja materialização se perfaz precária e imperfeita, mas tem a ver com a concretização estatal da justiça do Direito, em virtude do que a problemática da admissão em juízo é posicionada como tema central do discurso sobre a promoção do acesso à ordem jurídica e à prestação da tutela jurisdicional.

5. No plano da conflituosidade civil, ao lado e tão importante quanto às vicissitudes da atividade de interpretação/aplicação do direito no espaço de efetivação das normas e precedentes, e da concepção de justiça que os nutre, também são posicionados fatores relacionados com a estrutura jurisprudencial e normativa e com os órgãos instituídos para efetivá-la.

Os ordenamentos jurídicos do Ocidente não herdaram da tradição jurídica romana a confusão etimológica entre Direito e Justiça. Tratam a justiça como um valor universal e supremo do Direito que ora assume conformação puramente ideal, ora incorpora denso sentido político-jurídico.

No primeiro sentido é concebida como virtude fundamental que informa a ideia de equidade que confere perfeição ética e norteia toda atividade individual e social. No segundo, apresenta-se com conotação objetiva e conteúdo que, embora independente do Direito, o qualifica como critério de julgamento fundado nos conceitos de igualdade, proporcionalidade, harmonia e equilíbrio, e na máxima do *suum cuique tribuere* que lhe confere um caráter proeminente no quadro dos valores jurídicos que informam em nossos dias o conceito de dignidade humana.

Essa concepção humanista, dotada de alto teor ideológico, influencia a atuação do criador de normas jurídicas e afeta a efetividade dos institutos e princípios processuais. Consciente ou inconscientemente, o legislador e o intérprete/aplicador, ainda que investidos em um único órgão, “atuam ideologicamente no trato da matéria jurídica. Aquele, colhendo e inserindo na norma as aspirações sociais, políticas e econômicas; e este, atribuindo conceitos aos institutos jurídicos de acordo com a ideologia professada”, mesmo que distante o momento da criação da norma jurídica, ou diverso o substrato de incidência⁶¹¹.

⁶¹¹ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. Coimbra: Arménio Amado – Editor, 1978, p. 59.

A ideia de acesso ao direito e à justiça moldada nessa conjuntura é orientada pelos escopos que servem de fundamento ao sistema jurídico no qual opera, e incorpora caráter mutável que lhe adjudica a capacidade de adequar-se e adaptar-se às eventuais mutações ideológicas do ordenamento jurídico-processual que o instrumentaliza⁶¹².

A efetividade das regras e princípios que o materializam, além de ser condicionada pela vagueza e imperfeição que caracterizam os seus conteúdos, demanda trabalho hermenêutico complexo de harmonização normativa e de integração de lacunas que expõe o intérprete/aplicador ao risco de incidir com maior frequência em equívocos e contradições⁶¹³.

6. Responsável pela prestação de tutela jurisdicional, o intérprete/aplicador assume postura integracionista que limita suas convicções pessoais em prol do sistema de princípios e do estoque de interpretações práticas e de orientações normativas recepcionadas pela comunidade que integra, com base nas quais preenche as lacunas visualizadas no ordenamento e atualiza o Direito⁶¹⁴.

A identificação do conteúdo normativo do direito de acesso à justiça, por se aperfeiçoar como resultado de um processo hermenêutico é condicionada pelo raciocínio jurídico desenvolvido por quem o interpreta e aplica, numa realidade onde a atribuição de significado às palavras e aos textos normativos se materializa conforme as regras que o capacitam a decidir sobre a veracidade e/ou correção das proposições jurídicas em uma dada situação concreta, mediante provimento cuja legitimidade também decorre da racionalidade das razões jurídicas deduzidas e do fato de ter sido oportunizado aos litigantes participarem do processo em igualdade de condições⁶¹⁵.

⁶¹² Para José CICHOCKI NETO, do ponto de vista da prestação jurisdicional “não há como referir-se ao acesso à justiça sem se considerar o processo como instrumento de sua realização” (In: *Limitações ao Acesso à Justiça*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p.61).

⁶¹³ A abertura irrestrita dos mecanismos estatais de composição de conflitos a todos os tipos de contendas elevou ao máximo a demanda por tutela jurisdicional. No plano da concretização das normas (regras e princípios) constitucionais, o abuso de disposições programáticas e a recepção de preceitos de natureza eminentemente privada como regras e princípios qualificados, transformou o judiciário num espaço de constante embate sobre a atribuição de peso aos preceitos constitucionais, e em arena onde problemas privados são continuamente discutidos e julgados como questões de justiça constitucional.

⁶¹⁴ Cf.: HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

⁶¹⁵ Para Bernardo Gonçalves FERNANDES e Flávio Quinaud PEDRON a identificação jurisdicional do conteúdo normativo não se relaciona com preconceitos judiciais, porque no âmbito jurisdicional as preconcepções são suspensas para permitir “um momento de fusão de horizontes entre os sujeitos processuais na busca de um provimento estatal”. (In: *O Poder Judiciário e(m) Crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 198).

A atuação estratégica do intérprete/aplicador tem por objetivo promover o entendimento consensual sobre a validade das pretensões deduzidas e o assentimento racional dos partícipes da relação processual com o teor da decisão, e é desenvolvida num espaço procedimental calcado no contraditório, no qual a discricionariedade e o “prudente arbítrio” são manipulados com o objetivo de afastar decisões utilitaristas regidas pela racionalidade instrumental, que excluam a possibilidade de participação simétrica e paritária dos destinatários do provimento.

7. Quando revelado num contexto onde o resultado do processo de interpretação/aplicação normativa é concebido como mero produto do enquadramento da situação concreta levada ao conhecimento do intérprete/aplicador à moldura normativa positivada na lei ou no precedente, a sua atuação concretizadora apresenta-se com um espectro mais restrito.

Nesse cenário, apenas ao legislador é dado avaliar no conjunto ilimitado de possibilidades normativas e pragmáticas, aquelas que se adequam à noção de Direito recepcionada em seu tempo, restando ao aplicador limitar-se a tais escolhas por consubstanciarem as únicas posições jurídicas válidas e habilitadas a fornecerem uma solução correta para as situações litigiosas concretas.

O trabalho do intérprete/aplicador somente é válido se desenvolvido nos termos previamente determinados, e a legitimidade das suas decisões depende do grau de adequação do seu provimento à situação prevista na norma ou no precedente utilizado para solver o litígio, sendo-lhe vedado posicionar-se à margem do que foi estatuído no texto normativo.

A noção de julgador imparcial confunde-se com a de mero ‘técnico observador’, a quem compete tão-só zelar para que no procedimento de interpretação/aplicação seja assegurada a participação daqueles indicados como destinatários do conteúdo das normas, de maneira a que a sua decisão se restrinja ao exame da coerência entre os argumentos e interpretações deduzidas pelos interessados no curso do processo discursivo e o teor das normas e precedentes integrantes do sistema jurídico em vigor.

A satisfação dos interesses é relegada para segundo plano, o que importa é a identificação da norma ou precedente mais adequado para solucionar o conflito, não cabendo ao intérprete/aplicador negar-lhes validade ou criar, de forma supletiva ou concorrente, enunciados jurídicos que discrepem daqueles já emoldurados.

5.2. O acesso à concretização jurisdicional dos direitos civis.

9. Nos nossos dias, a facilitação do acesso aos direitos e aos meios e órgãos concebidos para concretizá-los por intermédio da composição de conflitos civis constitui uma das principais vias de exercício da cidadania⁶¹⁶. Obstruído o acesso a esses instrumentos, nega-se também o acesso aos direitos substanciais respaldados juridicamente.

O mesmo se verifica quando os mecanismos disponibilizados carecem de garantias formais de realização equitativa ou de concretização prática. Sem um processo potencialmente eficiente e apto para conduzir a resultados justos, úteis e efetivos, as normas de direito material e processual não passam de meras proclamações insuscetíveis de serem tuteladas eficazmente⁶¹⁷.

10. Nos Estados democráticos, a concretização dos direitos e garantias aparece vinculada à forma de como os órgãos estatais responsáveis pela tutela jurisdicional e pela administração da justiça operam, e ao modo de como aparelham o processo enquanto mecanismo franqueado aos litigantes para demandarem a composição das contendas⁶¹⁸.

Antes de aportar no judiciário, o conflito é submetido a formas alternativas e informais de composição, o que faz do primeiro órgão jurisdicional que conhece e judicializa a pretensão, uma via recursal no sentido sociológico. Os tribunais são reverenciados, num primeiro momento, como pontos de confluência entre a procura

⁶¹⁶ A garantia da efetivação das normas de direito civil, pondera Lebre de FREITAS, requer “a possibilidade de coactivamente ser feita respeitar, postula a recorribilidade aos tribunais para reintegrar as situações jurídicas afectadas pela sua violação, prevenir violações ainda não consumadas e exercer direitos potestativos que não possam ser feitos valer extrajudicialmente” (In: *A Acção Declaratória Comum – à Luz do Código Revisto*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000).

⁶¹⁷ O esforço estatal em promover a acessibilidade dos seus cidadãos ao direito e à justiça, em aumentar a independência dos tribunais como instâncias de prevenção e repressão às violações aos direitos fundamentais, e em garantir um processo equitativo, económico e célere, desenvolvido por órgãos imparciais, constitui, em nossos dias, fator de aferição da legitimidade dos sistemas políticos que se denominam democráticos.

⁶¹⁸ Boaventura de Sousa SANTOS adverte que a sacração dessa forma de visualizar a atividade judicial revela “a importância crucial dos sistemas de formação e recrutamento dos magistrados e a necessidade urgente de os dotar de conhecimentos culturais, sociológicos e económicos que os esclareçam sobre as suas próprias opções pessoais e sobre o significado político do corpo profissional a que pertencem, com vista a possibilitar-lhes um certo distanciamento crítico e uma atitude de prudente vigilância pessoal no exercício das suas funções numa sociedade cada vez mais complexa e dinâmica”. (Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 21, pp. 1-37, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, novembro 1986, p. 26).

pela atuação estatal na resolução dos litígios, a efetiva oferta de meios para promoção da tutela judicial e a concretização de uma prestação jurisdicional efetiva, útil e célere.

No desempenho das suas funções, as Cortes incorporam atividades próprias de resolução das lides, de administração da justiça e de criação do direito, e exercem forte controle social, inclusive, em áreas não especificamente jurisdicionais⁶¹⁹, atividade que, apesar de lhe conferirem certo protagonismo social e político, evidencia as suas deficiências e a necessidade de constantes reformas estruturais no seu aparato teórico e funcional a fim de torná-los mais céleres, eficazes e acessíveis⁶²⁰.

Esse processo de racionalização dos sistemas de administração da justiça tem proporcionado inovações no plano tecnológico e normativo, nomeadamente, por intermédio de medidas descentralizadoras focadas na automação e virtualização dos procedimentos e na descomplicação da linguagem e dos ritos⁶²¹.

A ênfase dada às vias conciliatórias de composição dos conflitos e a sua qualificação como mecanismos menos dispendiosos, mais atrativos e melhor instrumentalizados para proporcionarem a participação das partes na resolução dos litígios, também resulta desse processo e é respaldada pelo movimento de valorização dos meios alternativos de solução das contendas como vias eficazes para afastar do

⁶¹⁹ Investigando a situação dos Tribunais na sociedade Portuguesa, Boaventura de Sousa SANTOS (Inv. Resp.), Maria Manuel Leitão MARQUES, João PEDROSO e Pedro Lopes FERREIRA, afirmam que “em virtude das diferenças existentes na dimensão e nos recursos financeiros e também no direito aplicável, alguns dos mobilizadores da justiça recorrem repetidamente ao tribunal, envolvendo-se em litígios similares ao longo do tempo (*repeat players*), enquanto outros utilizam o tribunal ocasional ou esporadicamente (*one shot players*).” (In: *Os Tribunais na Sociedade Portuguesa: Enquadramento Teórico e Metodológico*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais – Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, vol. I, 1995, p. 2.23). Assinalam, ainda, que o exercício da função jurisdicional no modelo Português, de matiz romano-germânica, a atividade criadora desenvolvida pelos tribunais é “precária, intersticial, caótica, mas, nem por isso, menos importante, e de algum modo destinada a aumentar de importância nas circunstâncias que parecem estar a prevalecer no terceiro período jurídico-político, o período do pós-Estado-providência”, caracterizado pela “emergência de normatividade particularista e negociada, pela complexidade crescente dos negócios traduzida no uso cada vez mais frequente de cláusulas gerais, conceitos indeterminados, princípios de boa fé e de equidade”, que exercem “pressão formal e informal sobre os juizes para agirem mais como mercadores do que como julgadores” (p. 1.59).

⁶²⁰ Esse fenómeno posiciona-se no centro da problemática da politização da justiça e está relacionado, precisamente, com a subordinação dos Tribunais aos outros poderes públicos quando da concretização das políticas judiciais, sobretudo, no que tange ao aparelhamento dos seus órgãos para aperfeiçoar as suas funções e serviços.

⁶²¹ Em termos gerais, tais providências, na visão de Boaventura de Souza SANTOS, consistem na “criação de processos, instâncias e instituições relativamente descentralizados, informais, desprofissionalizados que substituam ou complementem, em áreas determinadas, a administração tradicional da justiça e a tornem em geral, mais rápida, mais barata e mais acessível” (O Direito e a Comunidade: As Transformações Recentes da Natureza do Poder do Estado nos Países Capitalistas Avançados. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 10, pp. 09-39, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, dezembro 1982, p. 11).

controle jurisdicional aquelas questões que, materialmente, o judiciário tem encontrado dificuldade para solucionar⁶²².

11. De um modo geral, a eficácia da atuação dos Tribunais no âmbito interno não depende apenas das variáveis políticas locais, é condicionada, também, pelo modo de como o Estado se porta nas relações com outras nações e com os organismos internacionais, pelo seu nível de desenvolvimento e a posição que ocupa no âmbito da economia global, pela sua tradição jurídica, pelo processo histórico que a consolidou e à forma de como promove a garantia dos direitos fundamentais.

Os conceitos de acesso ao direito e à justiça e de processo equitativo são moldados por construção jurisprudencial⁶²³ e conectados à concepção de justo processo, enquanto fenômeno que somente se concretiza nos sistemas jurídicos que permitem e possibilitam a todos reivindicar a efetivação dos seus direitos e a composição dos litígios neles fundados, mediante a intervenção substitutiva estatal, e por intermédio de decisões que conduzam a resultados individual e socialmente justos e satisfatórios.

12. Nas sociedades capitalistas ocidentais, o acesso se revela mais facilitado àqueles que apresentem melhores condições para suportar os custos do processo e saibam até onde os recursos estatais que lhes são disponibilizados podem garantir a tutela dos seus interesses.

A expressão acesso ao direito e aos tribunais costuma ser condensada no termo ‘acesso à justiça’ e relacionada com a ideia de acesso a um processo equânime, apto para assegurar a consecução de um resultado justo⁶²⁴, no qual aos litigantes seja

⁶²² A maioria das estratégias institucionais dos poderes públicos com o objetivo de desobstruir o sistema oficial de resolução dos conflitos e a carência de mecanismos técnicos adequados para solver os litígios judicializados provocam o desvio dos interessados para instâncias alternativas.

⁶²³ Ana Maria Guerra MARTINS defende que o conceito de acesso à justiça, embora não seja bem delineado nas declarações de direitos, adquire forte expressão no âmbito da construção jurisprudencial (In: *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, p. 167). Pode-se afirmar que, enquanto categoria normativa posicionada entre os direitos dotados de fundamentalidade, apresenta caráter aberto e só adquire consistência à medida que os tribunais o interpretam e aplicam como *ratio decidendi* nos casos concretos que lhe são submetidos. Na dicção de J. J. Gomes CANOTILHO, o direito de acesso aos tribunais e ao direito é um “direito fundamental procedimentalmente dependente”, carecedor de um rito “intrínseca e necessariamente conformador e condicionador da própria eficácia subjetiva dos direitos fundamentais” (Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais. Procedimento, Processo e Organização. In: *BFDUC*. Coimbra: Coimbra, 1970, p. 167).

⁶²⁴ Paulo CUNHA já na primeira metade do século passado destacava que “se o processo não tendesse à verdade e à justiça, não se propusesse conhecer a verdade real e se contentasse com aceitar qualquer verdade artificial, toda feita de fórmulas e artifícios capazes de abalar a autêntica realidade dos factos, então jamais conseguiria realizar o direito. Ao contrário, seria a pior das suas violações, pois a violação

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

possibilitado o acesso à jurisdição e a um procedimento que se desenvolva equitativamente e viabilize decisões materialmente justas e substancialmente conforme o ordenamento.

Na maioria desses sistemas, antes de serem judicializados, os conflitos civis são expostos a uma fase de pré-composição no domínio contratual, na qual as partes especificam as normas e as formas de comportamento, privilegiando bem mais os códigos de conduta ditados pelos contratos comerciais, do que os objetivos encartados nas leis e nos precedentes.

No plano das relações conflituosas civis a atividade processual desenvolvida por órgãos jurisdicionais destaca-se no conjunto de variáveis que condicionam a efetividade e a concretização do acesso ao direito e à justiça, e como fator de aferição da eficiência dos tribunais enquanto espaços de expressão final de um sistema jurídico que deve primar pela segurança e proteção dos direitos de cidadania⁶²⁵.

No contexto das lides privadas, a promoção do acesso ao direito e à justiça tem a ver com a garantia de admissão igualitária aos órgãos oficiais de composição dos litígios, e de acesso a uma estrutura eficaz que possibilite a orientação jurídica, a representação processual e a realização direitos materiais e processuais assegurados no ordenamento.

Nas relações civis, a despeito da atuação de entidades particulares na democratização do direito pela via da orientação jurídica, é no plano institucional que o problema da admissão em juízo recebe maiores desdobramentos, especialmente, no que tange ao acesso ao sistema legal, ao apoio judiciário, ao aconselhamento jurídico e à assistência judiciária⁶²⁶, promovidos e disponibilizados oficialmente, como obrigações

sem defesa aliar a hipocrisia da falsa justiça” (In: *Lições de Processo Civil e Comercial*. Lisboa: Tipografia da Cadeia Penitenciária de Lisboa, p.226-227, 1936).

⁶²⁵ Para Humberto THEODORO JUNIOR, a influência do processo em nossos dias deve-se à sua pretensão de figurar como instrumento ético acessível a todos e a serviço da concretização da justiça, de maneira a que somente seja possível “identificar o Estado Democrático de Direito com aquele em que as garantias fundamentais dos direitos do homem se acham adequadamente protegidas por um eficaz sistema de processo judicial” (In: *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. Rio de Janeiro: Aidê, 1987).

⁶²⁶ Fala-se em acesso à justiça como fenômeno para o qual concorrem sujeitos de direitos capacitados por lei para manejarem os instrumentos judiciais e extrajudiciais previstos para provocarem a atuação jurisdicional de forma a possibilitar a efetivação dos direitos individuais ou coletivos invocados. Entretanto, somente é possível tratar o direito como acessível se for viabilizado o acesso ao conhecimento do seu conteúdo e de como a sua tutela pode ser demandada. O direito à informação jurídica é, portanto, o ponto de partida para a concretização da acessibilidade. Consciente dos seus direitos e dos meios disponibilizados para efetivá-los, o cidadão ou quem titularize interesses juridicamente relevantes e

decorrentes da consagração do direito de acesso à justiça enquanto prerrogativa fundamental de cuja concretização depende a efetividade dos demais direitos.

13. O processo, na sua expressão civil, revela-se como instrumento⁶²⁷ de satisfação de direitos materiais e processuais, dotado de caráter predominantemente funcional, que permite a sua adaptação e moldagem aos fins, exigências e especificidades do direito cuja tutela é pleiteada. Enquanto via de concretização do acesso aos tribunais e ao direito aperfeiçoa-se como elemento essencial ao Estado de Direito que só adquire plenitude quando se materializa de forma justa e equitativa.

É a sua qualificação e realização como instrumento equitativo e justo que possibilita a concretização do direito de acesso à justiça na sua mais ampla acepção. A identificação dos elementos jurídicos necessários para a atribuição desse caráter ao processo é contingenciada pela indeterminação e o alto grau de abstração (e vagueza) dos conceitos que servem para defini-los⁶²⁸, e pela diversidade jurídico-cultural (cultura jurídica) das ordens normativas que os recepcionam⁶²⁹.

protegidos terá condições de promover a sua tutela. O auxílio judiciário, contudo, não é imune à crítica, porque, embora possibilite o acesso ao direito e à justiça aos menos favorecidos, materializa-se como mecanismo não paritário, à medida que, geralmente são excluídos do rol dos seus beneficiários os cidadãos posicionados nas classes médias, revelando uma situação claramente contrária à ideia de justiça igualitária. Como pondera Boaventura de Souza SANTOS, a “distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estrato social a que pertencem (...) distância que tem como causas próximas não apenas factores económicos, mas também, factores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais remotamente relacionados com as desigualdades económicas” (SANTOS, Boaventura de Sousa (Inv. Resp.), MARQUES, Maria Manuel Leitão, PEDROSO, João e FERREIRA, Pedro Lopes. *Os Tribunais na Sociedade Portuguesa: A Morosidade Judicial e o Acesso à Justiça*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais – Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, vol. VIII, 1995, p.8.5).

⁶²⁷ Para Paolo Luigi COMOGLIO, a instrumentalidade impõe que as “garantias formais do procedimento já não mais sejam vistas como tendo um fim em si mesmas, mas devem sempre concorrer, sob o plano institucional, à consecução de um resultado decisório coerente com os valores de equidade substancial e de justiça procedimental” (Tradução livre). (Valori, Etice e Ideologie del “Giusto Process” (Modeli a Confronto). In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1998, pp. 899-900).

⁶²⁸ COUTURE, Eduardo. La Garanzia Costituzionale del “dovuto processo legale”. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1954, p. 6. Para análise mais detida, conferir: CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1952; CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Paolo Capitanio. São Paulo: Saraiva, 1998; GIULIANI, A. *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1961; e, GIULIANI, A e PICARDI, N. *La responsabilità del giudice*. Milano: Giuffrè, 1987.

⁶²⁹ A fundamentalidade das normas de direito processual resulta, essencialmente, da sua indispensabilidade para a realização dos demais direitos, positivados ou não, para a materialização do conceito de justiça, em seu sentido estrito, e para a consolidação da segurança jurídica enquanto expressão da correta aplicação das normas. Ainda assim, a concepção de processo justo não é uniforme, cada sistema jurídico a apreende na forma e de acordo com os limites preestabelecidos pela cultura jurídica que lhe serve de fundamento.

14. Um dos grandes desafios da jurisdição civil, com frequência tachada de complicada, cara, imprevisível e inquietante, é, precisamente, a superação dos fatores que dificultam os cidadãos a ela aceder⁶³⁰. Os movimentos deflagrados desde o final do segundo grande conflito mundial com o objetivo de superar essas barreiras, têm demonstrado que a promoção do efetivo acesso ao direito e à justiça, além de demandar a democratização do processo, exige que os envolvidos no sistema de composição de litígios desenvolvam todos os esforços possíveis para que a atividade judicial possa aperfeiçoar-se de forma produtiva, útil e célere⁶³¹.

Revelado como direito à jurisdição, o direito de acesso à justiça concretiza-se no processo que se aperfeiçoe equitativo, ou seja, como conjunto de atos que se desenvolvam em consonância com os princípios fundamentais que asseguram a igualdade das partes no exercício do contraditório (garantia da paridade de armas), do qual são tributários outros princípios instrumentais como o da publicidade, o da licitude das provas e dos meios utilizados para produzi-las, o da motivação dos atos judiciais e o da audição da parte adversa⁶³².

Do órgão jurisdicional exige-se a estrita observância das normas que regulam o desempenho da sua atividade, a sujeição aos princípios morais que orientam a ação humana, e atuação rápida e eficiente na composição dos conflitos, sem, contudo, descuidar da necessidade de assegurar aos litigantes, paridade de armas e de tratamento

⁶³⁰ Em um primeiro momento buscou-se assegurar o apoio judiciário aos cidadãos menos abastados economicamente, ao qual se seguiu a defesa dos interesses coletivos e difusos e a idealização de meios alternativos e informais de composição dos conflitos. Mauro CAPPELLETTI já fala na quarta onda do movimento de acesso à justiça identificando-a na atuação que “expõe as dimensões ética e política da administração da justiça e, assim, indica importantes e novos desafios, tanto para a responsabilidade profissional como para o ensino jurídico” (In: *Lendo as ondas do movimento de acesso à justiça: epistemologia versus metodologia? Cidadania e violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 1-20).

⁶³¹ Para Paulo Cezar Pinheiro CARNEIRO, nesse contexto, é indispensável a atuação ética de todos quantos participem da atividade judicial ou extrajudicial e a utilização dos instrumentos e dos institutos processuais a fim de obter a melhor produtividade possível (In: *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública – Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.63), incluindo, a possibilidade da concessão de medidas antecipatórias da tutela de mérito ou acautelatórias, antes mesmo da audição da parte contrária, com o objetivo de resguardar/proteger o direito plausível do postulante ou do demandado, frente à ameaça ou concretização de danos irreparáveis ou de difícil reparação.

⁶³² Para José Lebre de FREITAS, é nesse sentido que se defende o direito à jurisdição numa perspectiva ampla que implique não “apenas o direito de aceder aos tribunais, propondo acções e contraditando acções alheias, mas também o direito efectivo a uma jurisdição que a todos seja acessível em termos equitativos e conduza a resultados individual e socialmente justos” (In: *Introdução ao Processo Civil: Conceito e Princípios Gerais à Luz do Código Revisto*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p.95).

e uma decisão motivada, que atribua ao titular do interesse juridicamente protegido a máxima efetivação do seu conteúdo⁶³³.

15. A concepção de igualdade que informa a administração da justiça efetivada nesses parâmetros funda-se no respeito ao princípio da liberdade e da máxima efetividade dos direitos fundamentais, de maneira a disponibilizar a qualquer titular de interesse juridicamente tutelado o acesso equitativo a um sistema amplo de liberdades, no qual as desigualdades sociais e econômicas que afetam as interações sociais sejam compensadas e equilibradas pela concessão das maiores vantagens possíveis aos menos favorecidos, ou hipossuficientes, em função da justa igualdade de oportunidades⁶³⁴.

O operador do direito que atua ao lado dos litigantes, ainda que desempenhando a função de mero consultor jurídico, não pode se portar como se estivesse adstrito ao interesse que é chamado a patrocinar, deve, ao desempenhar a sua função, exercer um *múnus público* essencial à administração da justiça visando à concretização de uma ordem jurídica justa.

16. O processo, principal instrumento de distribuição da justiça civil, aperfeiçoa-se, nesse cenário, não como mecanismo passível de manipulação em prol das conveniências das partes⁶³⁵, mas como via segura de revelação da verdade, capaz de garantir ao titular do interesse juridicamente protegido, da forma mais célere e útil possível, tudo aquilo que tenha direito⁶³⁶.

⁶³³ Paulo Cesar Pinheiro CARNEIRO leciona que “assegurar às partes igualdade de tratamento (...) significa procurar, no limite máximo, garantir um razoável equilíbrio das armas utilizadas pelas partes e seus advogados de sorte a evitar que a atuação absolutamente desastrada, sem uma base técnica minimamente razoável, de uma das partes possa levar à frustração dos fins que informam a atividade jurisdicional” (In: *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública – Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.67).

⁶³⁴ Esse sistema, nos Estados subdesenvolvidos e em via de desenvolvimento, tem por finalidade “a construção de uma nova sociedade baseada na igualdade e na justiça” enquanto “cerne da ética da libertação, que nada mais é do que a luta para instaurar uma ordem social que abranja todos os cidadãos, sem tolerar nenhuma forma de exclusão e marginalização” (BEGORARO, Olinto A. Ética e seus paradigmas. In: HÜHEN, Leda Miranda (Org.). *Ética*. Rio de Janeiro: Uapê/Espaço Cultural Barra, 1997, pp. 53-66).

⁶³⁵ Ao decidir situações conflituosas, o órgão incumbido de prestar a tutela jurisdicional elege o interesse que melhor se compatibilize com os princípios e fins do ordenamento, com o menor sacrifício possível para as partes, em virtude do que, como assinala Paulo Cesar Pinheiro CARNEIRO, não pode admitir que “o processo esteja a todo momento retrocedendo por conta de alegações processuais que impedem o alcance da sua finalidade, que é a correta e justa composição do direito material” (In: *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública – Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.91).

⁶³⁶ CHIOVENDA, Guiseppe. *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Roma: Foro Italiano, v. 1, 1930, pp. 110.

No processo civil, o acesso ao direito à justiça incorpora a disponibilização a qualquer interessado do direito de lançar mão de todas as medidas legalmente instituídas para tutela dos seus interesses. Materializa-se como prerrogativa que também integra o conjunto de direitos do réu, e que o autoriza formular pleitos em desfavor do autor e responder a pretensão contra si ajuizada.

17. A plenitude do acesso à tutela jurídica só se aperfeiçoa quando é viabilizado ao demandado o conhecimento da pretensão contra si deduzida, incluindo os fatos e fundamentos que serviram de causa de pedir, bem como dos documentos que a instruíram, o que implica na necessidade de chamamento válido e na concessão de prazo razoável para o exercício do direito de defesa, com advertências claras sobre os efeitos da inércia.

Nos sistemas ocidentais, o exercício do contraditório depende da forma como é assegurado aos envolvidos na contenda o poder para controlar a atuação uns dos outros no curso do processo, e de pronunciar suas alegações no âmbito da discussão dialética que antecede a decisão (prepondera a versão germânica que atrela o contraditório à abertura da participação das partes na formação do convencimento do órgão decisório).

O direito de acesso paritário não se restringe apenas à prerrogativa de demandar, de resistir ou de formular defesa, congrega “a garantia da participação efectiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de em plena igualdade, influírem em todos os elementos que se encontrem em ligação com o objecto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão”⁶³⁷.

Da paridade de armas também decorre a obrigação de resguardar a igualdade na proposta de produção e do conhecimento das provas, a fim de proporcionar oportuna contrariedade ou impugnação pela parte adversa, e o pronunciamento sobre o modo como devam ser apreciadas no contexto das questões fáticas deduzidas.

⁶³⁷ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: Conceito e Princípios Gerais à Luz do Código Revisto*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p.96. Ainda segundo este processualista, com o movimento de constitucionalização das garantias processuais, que debutou no período do segundo pós-guerra, os princípios gerais do processo civil foram reposicionados para adaptar as práticas jurídicas e os Códigos aos novos paradigmas do direito de acesso aos tribunais, incluindo no seu conteúdo ‘o direito de ação e o direito de defesa’, a ser exercido perante tribunais independentes e imparciais, “por via da integração com o artigo 10 da DUDH, de onde se infere o princípio da equidade, nomeadamente nas vertentes da contrariedade e da igualdade de armas; e deriva também o princípio do prazo razoável, que o artigo 6 da CEDH é expresso em consagrar”, de modo a impor o respeito aos princípios da publicidade, da legalidade e da motivação das decisões judiciais sobre direitos e obrigações (p.76)

18. Para além do direito de se posicionarem sobre as questões fáticas, os envolvidos no litígio têm a prerrogativa de discutirem a matéria de direito sobre a qual o conflito repousa, e de contraditarem as questões incidentes de cunho processual, mesmo quando não suscitadas oportunamente.

A garantia do equilíbrio entre as posições assumidas pelas partes no curso de uma relação jurídico-processual concretiza-se pela concessão de faculdades e meios processuais idênticos, sempre que a posição das mesmas seja equiparável, e na atribuição de compensações “quando a desigualdade objectiva intrínseca de certas posições processuais leva a atribuir a uma parte meios processuais não atribuíveis à outra”⁶³⁸.

Da necessidade de possibilitar aos litigantes o pleno conhecimento do processo e das decisões nele proferidas, dimana a exigência de que a administração da justiça se materialize de forma transparente e pública, duplamente fundamentada, como resultado de um processo de interpretação/aplicação focado nos fatos e nas normas jurídicas e precedentes deduzidos e discutidos no curso da relação processual, proferida e executada dentro de um prazo razoável.

5.3. O paradigma (Luso) Brasileiro de acesso à prestação da tutela jurisdicional civil.

19. Nos sistemas jurídicos ocidentais da atualidade, o estabelecimento de preceitos fundamentais afiançadores do acesso ao direito e à justiça, da observância do devido processo legal e do controle da adequação das leis às normas constitucionalizadas, constituem mecanismos indissociáveis da ideia de efetivação normativa.

Nos Estados Democráticos de Direito a busca pela efetividade das normas consubstancia máxima que encerra conteúdo político-processual que orienta a atuação do intérprete/aplicador e do legislador, constitui princípio instrumental vinculado às atividades de interpretação, integração e aplicação do direito, que confere coerência ao

⁶³⁸ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: Conceito e Princípios Gerais à Luz do Código Revisto*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p.106.

sistema jurídico e influencia na formulação de precedentes e normas jurídicas mais adequadas à realidade⁶³⁹.

20. No Brasil, observou-se a partir da década de 1980, no âmbito do processo civil, um movimento de reformas legislativas com o objetivo de democratizar e universalizar o acesso à justiça, fundado na necessidade de conferir agilidade, economia e efetividade ao processo⁶⁴⁰.

⁶³⁹ MENDONÇA, J. J. Florentino dos Santos, e FLORENTINO, Deluse Amaral Rolim. *Instrumentos para a Efetivação do Acesso à Justiça*. Recife: Bagaço e Instituto do Ministério Público de Pernambuco, 2005, p. 211.

⁶⁴⁰ Dentre as reformas mais significativas, destacam-se: (i) criação do arrolamento sumário e da partilha amigável de bens em substituição ao inventário, para as hipóteses de herdeiros maiores e capazes (Lei nº 7019, de 31.8.1982); (ii) instituição dos Juizados de pequenas Causas, atuais Juizados Especiais Cíveis, para solver as demandas de menor complexidade por intermédio de procedimentos informais, econômicos e céleres (Lei nº 7244, de 7.11.1984, revogada pela Lei nº 9099, de 26.07.1995, alterada pela Lei nº 10.259, de 16.01.2001); (iii) regulamentação da ação civil pública para proteção dos direitos difusos e responsabilização por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (Lei nº 7.853, de 24.10.1989); (iv) a regulamentação da tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dos portadores de deficiência (Lei nº 7.853, de 24.10.1989); (v) a garantia do acesso das crianças e adolescentes ao sistema judiciário protetivo (Lei nº 8.069, de 13.07.1990); (vi) a tutela dos direitos dos consumidores (Lei nº 8.078, de 11.11.1990) e dos Idosos. No Código de Processo Civil destacam-se: (i) a regulamentação da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional e dos mecanismos de conciliação (Lei nº 8.952, de 13.12.1994); (ii) a idealização de novas formas de citação e intimação (Lei nº 8.719, de 24.07.1993), e de liquidação da sentença (Lei nº 8.898, de 29.06.1994); (iii) o disciplinamento da arbitragem (Lei nº 9.307, de 23.09.1996); do direito de acesso à informação (Lei nº 9.507, de 12.12.1997), e da gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania (Lei nº 9.265, de 12.02.1996); (iv) a ampliação dos poderes dos relatores no que tange tanto ao exame dos requisitos de admissibilidade como à decisão meritória dos recursos (Lei nº 9.756, de 17.12.1998); (v) a permissão da utilização de sistemas de transmissão de dados para a prática de atos processuais (Lei nº 9.800, de 26.05.1999); (vi) a atribuição de caráter preferencial aos processos em que haja interesse de idosos com idade igual ou superior a sessenta anos (Lei nº 10.173, de 10.01.2001); (vii) a extensão das hipóteses de concessão de assistência judiciária aos necessitados inclusive para realização de exames de DNA (Lei nº 10.317, de 06.12.2001); (viii) a fixação de novos parâmetros para o sistema recursal e de reexame necessário (Lei nº 10.352, de 22.12.2001); (ix) a imposição aos partícipes de uma relação processual do dever de cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação dos provimentos judiciais de natureza antecipatória ou definitiva (Lei nº 10.358, de 27.12.2001); (x) a regulamentação do acesso dos idosos à justiça, inclusive, com a legitimação do Ministério Público para promover a proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis ou homogêneos por eles titularizados (Lei nº 10.741, de 01.10.2003); (xi) a disciplina de novos parâmetros para o cabimento do recurso de agravo retido e de instrumento (Lei nº 11.187, de 19.10.2005), para a fase de cumprimento das sentenças nos processos de conhecimento (Lei nº 11.232, de 22.12.2005), e para as formas de interposição dos recursos, de saneamento das nulidades processuais e de recebimento do recurso de apelação (Lei nº 11.276, de 07.02.2006); (xii) a autorização da dispensa da citação do demandado e prolação direta e imediata de sentença quando a matéria controvertida for unicamente de direito e o pleito tiver sido considerado improcedente em decisão anterior numa situação idêntica (Lei nº 11.277, de 07.02.2006); (xiii) a modificação das rotinas processuais relativas à objeção de incompetência, utilização de meios eletrônicos, decreto de revelia, emissão de cartas precatórias e rogatórias, acesso aos autos, distribuição por dependência e reconhecimento da prescrição (Lei nº 11.280, de 16.02.2006); (xiv) a permissão do bloqueio à admissibilidade e conhecimento de Recurso Extraordinário pelo STF, por decisão irrecorrível quando a questão nele versada não oferecer repercussão geral (existência ou não de questões relevantes sob o aspecto social, político, econômico ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos em jogo na causa) (Lei nº 11.418, de 19.12.2006); e, (xv) a viabilização do recurso às vias

Consolidou-se na processualística brasileira a concepção de que a jurisdição, enquanto expressão do poder incumbido de prover a tutela dos direitos lesados ou ameaçados materializa-se como função estatal destinada a atuar a vontade concreta encartada nas normas postas e nos precedentes e garantir a integridade da ordem jurídica, desenvolvida por intermédio do processo, informada não só por fins jurídicos, mas, especialmente, por escopos sociais, políticos e econômicos que lhe conferem sentido e razão.

A plenitude da jurisdição requer não só a viabilização do pleno acesso de todos aos meios adequados para a defesa dos seus interesses, como também, a garantia de solução justa e efetiva para os conflitos, capaz de assegurar a realização do direito substancial, a preservação da supremacia do ordenamento jurídico e a manutenção da paz e da ordem social.

A ordem constitucional brasileira não se distanciou da tradição herdada do direito casuístico ao posicionar o devido processo legal como princípio processual que informa o direito a um processo e a uma decisão justa e efetiva como expressão do direito de acesso à justiça⁶⁴¹.

21. No processo civil, constituem emanção do *due process of law* a igualdade das partes, a garantia do *jus actionis*, o respeito ao direito de defesa e ao contraditório no decurso de todas as etapas do processo judicial e, ainda, as garantias do juiz natural ou preconstituído; do tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo; da plenitude de defesa com todos os meios e recursos a ela inerentes; da publicidade dos atos processuais; da motivação das decisões judiciais e da prestação jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável⁶⁴².

Originariamente chancelada como prerrogativa do réu, a cláusula do devido processo legal evoluiu assumindo o papel de garantia geral da ordem jurídica⁶⁴³,

administrativas para a realização de inventário, partilha, separação e divórcio consensuais (Lei nº 11.441, de 07.01.2007), dentre outras. Atualmente tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 166, de 2010, que institui novo Código de Processo Civil e encampa a maioria destas alterações.

⁶⁴¹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 107.

⁶⁴² TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, Rogério Cruz e. *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 107.

⁶⁴³ Ada Pellegrini GRINOVER defende que o princípio do devido processo legal abrange a garantia das partes e do próprio processo, o seu conteúdo não se limita ao perfil subjetivo da ação e da defesa como direitos, mas incorpora, também e especialmente, um perfil objetivo. “Garantia, não apenas das partes, mas, sobretudo da jurisdição: porque se, de um lado, é interesse dos litigantes a efetiva e plena

requisito essencial à legitimação dos processos de elaboração, execução e aplicação das leis e precedentes, e fundamento constitucional do controle recíproco dos Poderes instituídos mediante o sistema de freios e contrapesos⁶⁴⁴.

22. Na processualística luso-brasileira a cláusula do *due process of law* é revelada como garantia de que a tutela jurídica dos direitos se aperfeiçoe em conformidade com procedimentos legalmente instituídos, de forma a configurar violação à cláusula não só quando forem inadequadas e desarrazoadas as formas técnicas de exercício dos poderes processuais, mas, também, quando a própria configuração dos direitos substantivos possa prejudicar sua tutela, conduzindo o processo a resultados não razoáveis⁶⁴⁵.

A efetivação do devido processo proporciona a concretização do acesso ao direito e à justiça enquanto prerrogativa fundamental dos titulares de interesses juridicamente protegidos de demandar tutela jurisdicional diante da violação ou ameaça a seus interesses, e implica na garantia da existência de meios processuais adequados para a proteção dos direitos e de órgãos competentes para conhecer e apreciar os conflitos de forma imparcial e independente⁶⁴⁶.

possibilidade de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem concretamente sobre a formação do convencimento do Juiz, do outro lado essa efetiva e plena possibilidade constitui a própria garantia da regularidade do processo, da imparcialidade do Juiz, da Justiça das decisões” (In: *O Processo Constitucional em Marcha - Contraditório e Ampla Defesa em Cem Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo: Max Limonad, 1985, p. 7).

⁶⁴⁴ José Afonso da SILVA destaca que “a harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito”. Para ele, a “divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freio e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados” (In: *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 101).

⁶⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 38. Na doutrina portuguesa, verificar: VAZ, Tereza Sapiro Anselmo. Novas tendências do processo civil no âmbito do processo declarativo comum (alguns aspectos). In: *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Almedina, ano 62, pp. 731-757, Dezembro de 2002; e, FREITAS, José Lebre de. A reforma do processo executivo. In: *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Almedina, ano 59, pp. 1097-1136, Dezembro de 1999.

⁶⁴⁶ Alguns processualistas brasileiros atribuem à cláusula do devido processo legal um conteúdo abrangente apontando o direito de acesso à justiça, recepcionado na Constituição como princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, como uma das suas expressões. Sustentando esta perspectiva, J. J. CALMON DOS PASSOS identifica como pressupostos para a concretização do devido processo legal, a garantia de acesso ao judiciário, de que o processo se desenvolva perante um juiz imparcial e independente, e de que seja assegurado às partes o exercício do contraditório (*Apud*, ORIONE, Marcus. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 9). Aproximando-se dessa concepção, Ada Pellegrini GRINOVER professa que a expressão maior do princípio do devido processo legal está em garantir os dogmas do contraditório e da ampla defesa, constituindo, a um só tempo, garantia das partes,

Seus efeitos estendem-se não só aos órgãos administrativos e jurisdicionais, contaminam, ainda, a produção legislativa ao obstar a formulação de normas supressivas ou restritivas da admissão a um tribunal.

O direito fundamental de acesso à justiça⁶⁴⁷, assim contextualizado, consubstancia fundamento básico de todo o sistema processual de efetivação das normas e de proteção dos direitos positivados em normas constitucionais e infraconstitucionais⁶⁴⁸, e elemento essencial à conformação do Estado Democrático de Direito ao assegurar a todos, indistintamente, a possibilidade de demandar a proteção

do processo e da jurisdição (Apud, DELGADO, José Augusto. A Supremacia dos Princípios nas Garantias Processuais do Cidadão. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 129, pp. 63 – 84, 1994, p.84). Analisando o texto constitucional revogado, ponderou, ainda, que, embora somente tenha sido erigido como fundamento específico para a tutela do processo civil, o princípio da proteção judiciária, ou da inafastabilidade do controle judiciário, sempre se prendeu à cláusula do *due process of law* (GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 132). Carlos Ari SUNDFELD seguindo a mesma direção, também entende que o “conteúdo significativo do princípio do devido processo é mais amplo, visto englobar também o direito de ação, vale dizer, o direito de provocar o Poder Judiciário para defesa contra lesões ou ameaças a direitos ou interesses, ou ainda, para o controle objetivo da validade dos atos estatais” (In: *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 163).

⁶⁴⁷ Mauro CAPPELLETTI e Bryant GARTH destacam que a expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (In: *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 8).

⁶⁴⁸ Antônio Carlos de Araújo CINTRA, Ada Pellegrini GRINOVER e Cândido Rangel DINAMARCO entendem que o princípio da inafastabilidade (ou princípio do controle jurisdicional), expresso na Constituição (art. 5º, inc. XXXV), “garante a todos o acesso ao Poder Judiciário, o qual não pode deixar de atender a quem venha a juízo deduzir uma pretensão fundada no direito e pedir solução para ela”. Sustentam que a ordem jurídico-positiva (Constituições e leis ordinárias) e o labor dos processualistas modernos têm posto em destaque uma série de princípios e garantias que, somados e interpretados harmoniosamente, constituem o traçado do caminho que conduz as partes à ordem jurídica justa. O acesso à justiça é, pois, a ideia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla *admissão de pessoas e causas* ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o *devido processo legal*, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do *contraditório*), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma *participação em diálogo* -, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, e capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação. Para eles, esta é a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica apontada para a *pacificação com justiça*. (In: *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 33-34 e 137). Com visão igualmente abrangente, Luiz Guilherme MARINONI defende que o direito de acesso à justiça “garante a tutela adequada à realidade de direito material, ou seja, garante o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios adequados às peculiaridades da situação de direito substancial” (In: *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 201). Com a mesma perspectiva, Cândido Rangel DINAMARCO sustenta que o direito de acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Para ele, chega-se à noção de acesso à justiça, que é o polo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios. (In: *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 304).

judicial dos seus direitos por autoridade estatal competente e imparcial⁶⁴⁹, mediante o manejo de mecanismos legais, dialéticos, igualitários, eficazes e alicerçados no princípio do contraditório⁶⁵⁰.

A sua concretização depende, portanto, da observância das garantias processuais fundamentais, sem as quais não há como falar em acesso ao direito e à justiça. É necessário que: (i) o princípio do Juiz natural esteja consagrado de modo a assegurar que a interpretação/aplicação das normas às situações litigiosas seja realizada por órgãos jurisdicionais legalmente investidos, expurgando-se eventuais privilégios ou exceções⁶⁵¹; (ii) a inércia do poder jurisdicional e a subordinação dos seus órgãos ao ordenamento sejam reveladas no processo, onde a aplicação das normas resultará de uma interpretação sistêmica, motivada e baseada em provas lícitas; (iii) o dever de prestar a tutela jurisdicional de forma segura e célere seja irrecusável, e resulte na atribuição ao órgão jurisdicional da obrigação de decidir qualquer contenda que lhe for

⁶⁴⁹ José Augusto DELGADO, em exaustiva análise, expõe que o Estado, ao assegurar ao cidadão o direito de acesso à justiça, há de observar alguns princípios específicos relativos ao exercício da jurisdição e que, de modo sintético, são os seguintes: a) o poder jurisdicional deve se submeter à regra de que o seu exercício não é espontâneo, pelo que necessita ser provocado; b) o poder jurisdicional, por ser um poder essencialmente vinculado no seu conteúdo, deve ter como único e exclusivo objeto a aplicação da lei, não tem fins autônomos como o legislativo, nem, por outro lado, tem a lei, apenas, como limite para o exercício de suas atribuições, como ocorre com o executivo, no poder de aplicar a lei está compreendido o de interpretá-la de acordo com o deflagrado pelo ordenamento jurídico; c) o Estado tem obrigação de fazer justiça, pelo que as pessoas que exercem funções jurisdicionais estão vinculadas a esse desiderato estatal, não lhe é permitido, sob pena de responsabilidade do agente provocador do fato, recusar o pedido de entrega da prestação jurisdicional, ou de se omitirem ou retardarem a prática de atos necessários, sem motivo justo; d) os atos jurisdicionais são vários e de diversa natureza, destacando-se a sentença como ato final do processo e com capacidade de se tornar valor definitivo para cada caso específico, substituindo, de certo modo, a lei; e) os atos jurisdicionais, mesmo quando se apresentam contrários à lei, pelo que podem ser revogados ou anulados, não ensejam responsabilidades do Estado, nem dos Juízes, salvo se cometidos com vontade dirigida no sentido de prejudicar, isto é, com conteúdo doloso. (A Supremacia dos Princípios nas Garantias Processuais do Cidadão. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 129, pp. 63 – 84, 1994, p. 73).

⁶⁵⁰ Nelson NERY JUNIOR posicionando o direito de ação também como expressão do princípio do contraditório, sustenta que esse corolário, “além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório” (In: *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 128).

⁶⁵¹ José da Silva PACHECO destaca que em razão do imperativo do juiz natural, “a) não pode o legislador, através de lei, retirar do Judiciário a apreciação das lesões de direito individual; b) não pode o Executivo criar qualquer comissão, junta, Tribunal ou Juízo não integrante do aparelho judiciário constitucionalmente previsto para julgar, em caráter exauriente, as lesões de direito; c) assegura-se a independência do Juiz”. (In: *Curso de Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 91). A jurisdição, como parcela de Poder Estatal, é única e não admite divisões. Todo juiz ou tribunal é investido com o mesmo poder jurisdicional, incumbindo à Constituição e à Lei Ordinária distribuírem o exercício entre vários órgãos jurisdicionais para aperfeiçoar o desempenho desta função estatal, de forma que cada órgão jurisdicional a exercerá dentro de determinados limites.

apresentada mediante provimento definitivo, com força de lei para os litigantes, assegurado o duplo grau de jurisdição⁶⁵²; e, (iv) no curso do processo os titulares de interesses em conflito recebam tratamento igualitário⁶⁵³, garantindo-lhes o pleno exercício da defesa e do contraditório⁶⁵⁴.

Em outras palavras, a plenitude do acesso ao direito e à justiça pressupõe um processo efetivo, instrumentalizado de modo a proporcionar, mediante a justa pacificação dos conflitos⁶⁵⁵, efetivada por intermédio de uma tutela jurisdicional eficaz e tempestiva⁶⁵⁶, a realização dos escopos sociais, políticos e jurídicos que o orientam, e a concretização dos direitos fundamentais que lhe servem de sustentáculo⁶⁵⁷.

⁶⁵² Cf.: BERNI, Duílio Landell de Moura. O Duplo Grau de Jurisdição como Garantia Constitucional. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *As Garantias do Cidadão no Processo Civil: Relações entre Constituição e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 191-226, 2003; DONADEL, Adriane. A Garantia Constitucional da Coisa Julgada: Compreensão e Alcance. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *As Garantias do Cidadão no Processo Civil: Relações entre Constituição e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 227-260, 2003; MOREIRA, José Carlos Barbosa. (i) Sobre a participação do juiz no Processo Civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988; e, (ii) A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito. In: *Temas de Direito Processual: Segunda Série*. São Paulo: Saraiva, 1980.

⁶⁵³ Antônio Carlos de Araújo CINTRA, Ada Pellegrini GRINOVER e Cândido Rangel DINAMARCO advertem que a absoluta igualdade jurídica não pode, contudo, eliminar a desigualdade econômica, por isso, do primitivo conceito de igualdade, formal e negativa (a lei não deve estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos), passou-se para o conceito de igualdade substancial. E hoje, na conceituação positiva da isonomia (iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado), realça-se o conceito realista, que pugna pela igualdade proporcional, a qual significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais. A aparente quebra do princípio da isonomia, dentro e fora do processo, obedece exatamente ao princípio da igualdade real e proporcional, que impõe tratamento desigual aos desiguais, justamente para que, supridas as diferenças, se atinja a igualdade substancial. (In: *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 53).

⁶⁵⁴ O direito ao contraditório e à ampla defesa assegura aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral, o direito inalienável de serem ouvidos paritariamente durante todo o processo, de se contraporem aos argumentos contra si lançados e de exercerem a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes. A sua concretização pressupõe o dever de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, bem como a possibilidade destas reagirem aos atos que não lhe sejam favoráveis, exercendo o direito de serem ouvidas paritariamente no processo durante todo o seu desenvolvimento. (Cf.: ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1988).

⁶⁵⁵ Moacyr Amaral SANTOS ensina que “o conflito de interesses pressupõe, ao menos, duas pessoas com interesse pelo mesmo bem. Existe quando a intensidade do interesse de uma pessoa por determinado bem se opõe à intensidade do interesse de outra pessoa pelo mesmo bem donde a atitude de uma tende a exclusão de outra quanto a este.” (In: *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 4).

⁶⁵⁶ Para Luiz Guilherme MARINONI, é chegada a hora do ‘tempo do processo’, de reclamar o seu real lugar na ciência processual, pois não pode mais “deixar de influir sobre a elaboração dogmática preocupada com a construção do processo justo e com aquele destinado a realizar concretamente os valores e os princípios contidos na Constituição da República” (In: *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 16).

⁶⁵⁷ Mauro CAPPELLETTI e Bryant GARTH ponderam que o direito de acesso à justiça tem sido progressivamente reconhecido como de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais,

23. Positivado na maioria dos ordenamentos contemporâneos como norma constitucional, o direito de acesso à justiça é tratado na doutrina luso-brasileira como princípio fundamental que integra um sistema de princípios reciprocamente relacionados, interdependentes, complementares e ligados por uma unidade axiológico-normativa que ganham densidade e transparência por intermédio da concretização legislativa e jurisprudencial⁶⁵⁸, e afasta a possibilidade de existência de normas constitucionais de diferentes dignidades⁶⁵⁹.

Inserido numa estrutura sistêmica é complementado, condicionado e modificado pelas demais normas que integram o conjunto principiológico, a fim de possibilitar no processo de interpretação/aplicação a realização de operações de concordância prática e de harmonização dos seus conteúdos, para que a especificidade, o teor, a extensão e o alcance de cada, ao invés de resultar no sacrifício dos demais, produza a máxima efetividade de todos.

O efeito normativo do seu enunciado é revelado no processo de interpretação/aplicação do seu comando às situações concretas, por intermédio de

porque a titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. É por esta razão que deve ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. Para eles, o direito de acesso não é apenas um direito social fundamental crescentemente reconhecido, consubstancia, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. (In: *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988, pp. 11-13).

⁶⁵⁸ José Joaquim Gomes CANOTILHO leciona que na Constituição Portuguesa este sistema interno é composto pelos (i) princípios estruturantes indicativos das ideias diretivas básicas de toda a ordem constitucional, grupo ao qual pertencem o princípio do Estado de Direito, o princípio democrático e o princípio republicano, (ii) pelos princípios constitucionais gerais, (iii) pelos princípios constitucionais especiais e (iv) pelas normas constitucionais. Para ele, o grau de densificação destes princípios segue uma ordem crescente inversa na qual as normas constitucionais apresentam um grau de densificação maior que os princípios constitucionais especiais, os quais, por sua vez, demonstram densificação maior que os princípios constitucionais gerais, que, a seu turno, revelam nível de densificação maior que os princípios estruturantes. (In: *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 117 e 118).

⁶⁵⁹ Entre os doutrinadores brasileiros a tese contrária é defendida por Francisco Ivo Dantas CAVALCANTI e José Souto Maior BORGES (Pró-dogmatismo: Por uma Hierarquização dos Princípios Constitucionais. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 1, 1993). O primeiro, seguindo a linha de pensamento de Otto BACHOF (In: *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Atlântida, 1977), admite expressamente a existência de relação de superioridade entre os princípios constitucionais. Sustenta que, a partir da consagração pelo texto constitucional de princípios fundamentais e de princípios gerais é possível estabelecer entre seus conteúdos uma ordem hierárquica, na qual os primeiros ocupam o ápice da pirâmide, e os demais, uma posição intermediária entre os princípios fundamentais e as normas setoriais, o que implica na possibilidade da existência, no âmbito da própria Constituição, de normas materialmente inconstitucionais. (In: *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995, pp. 86 e 102). Embora professe a inexistência de hierarquia entre normas de direito fundamental, Paulo BONAVIDES proclama que: “quem atropela um princípio constitucional, de grau hierárquico superior, atenta contra o fundamento de toda a ordem jurídica” (In: *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 387 e 398).

procedimento de cunho *jurídico-constitucional*, no qual as fórmulas ou regras de densificação sejam válida e adequadamente manejadas pelos intérpretes/aplicadores, com o objetivo de conferir-lhe efetividade⁶⁶⁰.

Qualificado como norma de direito fundamental, posiciona-se ao lado do princípio do devido processo legal como fator de concretização e densificação do princípio do Estado de Direito, e fonte primeira dos demais princípios informadores do processo. Com estes atributos, pode, ainda, servir de fundamento para uma pretensão em juízo⁶⁶¹, como limite ao poder de reforma constitucional⁶⁶² ou como parâmetro no juízo de constitucionalidade por ação⁶⁶³.

⁶⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992, p.220.

⁶⁶¹ O entendimento doutrinário e jurisprudencial que rechaça a possibilidade dos princípios constitucionais servirem de fundamento único para postulações ao argumento de que carecem de delimitação clara e de sentido determinado, tem sido suplantado. Na doutrina brasileira, Celso A. BANDEIRA DE MELLO (Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. In: *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 57/58, 1981, p. 249) admite que um princípio constitucional possa ser fonte de direito subjetivo ou embasar uma pretensão jurídica anulatória na qual se discuta a legitimidade de ato praticado em desacordo com princípio constitucional. Gilmar Ferreira MENDES (Contrariedade à Constituição e Recurso Extraordinário: Aspectos Inexplorados. In: *Revista dos Tribunais*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: RT, ano 2, n. 8, jul./set. 1994, pp. 48-54), e Roque Antônio CARRAZA (Do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 2, pp. 103-109, 1993; e, Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção. In: *Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 3, abril-junho de 1993), afirmam que a violação a um princípio constitucional pode ensejar, inclusive, a interposição de recurso extraordinário. Ruy Samuel ESPÍNDOLA sustenta que é o atributo da normatividade que autoriza aos “princípios fundamentarem pretensões jurídicas em defesa de situações subjetivas prejudicadas, em face da violação de dimensões determinantes dos princípios constitucionais” (In: *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.212).

⁶⁶² O parágrafo 4º, do art. 60, da Constituição Federal do Brasil proíbe que seja objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, posicionando o direito à inafastabilidade da tutela jurisdicional entre as cláusulas pétreas, passíveis apenas de serem atingidas por um novo processo constituinte (CAVALCANTI, Francisco Ivo Dantas. *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995, p. 53). Para José Joaquim Gomes CANOTILHO, essas limitações materiais devem ser tidas como “garantias de determinados princípios, independentemente da sua concreta expressão constitucional, e não como garantias de cada princípio na formulação concreta que tem na Constituição” (*Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992, pp. 1.138-1.139).

⁶⁶³ Todo princípio constitucional, seja ele positivado ou implícito, em razão da sua normatividade, serve de parâmetro para formação de juízo de inconstitucionalidade. Se o conceito de inconstitucionalidade está ligado à ideia de ofensa às normas constitucionais, das quais se depreende as regras e princípios, não há como negar a inconstitucionalidade resultante da violação de qualquer um destes, “sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 136).

24. O processo de interpretação/aplicação do seu conteúdo não dispensa o recurso ao critério de proporcionalidade⁶⁶⁴ como premissa indissociável da equânime efetivação dos demais princípios que regem a instrumentalização dos direitos, principalmente nas hipóteses de conflito normativo, que requer o exame da harmonização do seu teor com as situações concretas postas à apreciação, e da sua capacidade para produzir efeitos numa proporção adequada e aceitável face aos escopos constitucionalmente eleitos⁶⁶⁵.

Conquanto a consecução da plena efetividade dos direitos e garantias civis demande a constitucionalização de normas processuais⁶⁶⁶, a tutela constitucional do processo⁶⁶⁷ não se restringe à admissão de regras e princípios de conteúdo instrumental no Texto Constitucional⁶⁶⁸, inclui, sobretudo, a garantia da disponibilização aos titulares

⁶⁶⁴ Para Paulo BONAVIDES, o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como, regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade (In: *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 397).

⁶⁶⁵ Nelson NERY JUNIOR destaca que “segundo o princípio da proporcionalidade, também denominado de ‘lei da ponderação’, na interpretação de determinada norma jurídica, constitucional ou infraconstitucional, devem ser sopesados os interesses e direitos em jogo, de modo a dar-se a solução concreta mais justa. Assim, o desatendimento de um preceito não pode ser mais forte e nem ir além do que indica a finalidade da medida a ser tomada contra o preceito a ser sacrificado”. (In: *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 152).

⁶⁶⁶ Para Cândido Rangel DINAMARCO, “é natural que, como instrumento, o sistema processual guarde perene correspondência com a ordem constitucional a que serve, inclusive acompanhando-a nas mutações por que ela passa. Em princípio, o processo acompanha as opções políticas do constituinte, as grandes linhas ideológicas abrigadas sob o pálio constitucional (...). O processo que nos serve hoje há de ser o espelho e salvaguarda dos valores individuais e coletivos que a ordem constitucional vigente entende de cultivar. Os princípios que ela inclui não podem ter no presente a mesma extensão e significado de outros tempos e regimes políticos, apesar de eventualmente inalterada a formulação verbal” (In: *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 30).

⁶⁶⁷ José Eduardo Carreira ALVIM leciona que, na atualidade, dois princípios básicos e fundamentais exaltados tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, informam o processo, o princípio da instrumentalidade, o qual revela que o processo não é fim em si mesmo, mas meio para se alcançar uma finalidade (se distingue do princípio da instrumentalidade das formas, previsto nos artigos 154 e 244 do Código de Processo Civil Brasileiro, resultante da visão introspectiva do processo, pois parte de uma visão externa do sistema processual), e o princípio da efetividade, delineado nas lições de CHIOVENDA, no sentido de que o processo deve cumprir sua função de dar a quem tem direito tudo o que esse alguém tem direito de obter (Medidas Cautelares Satisfativas. In: *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito Milton Campos, Vol. 1, n.2, 1995, pp. 113-114).

⁶⁶⁸ A admissão de institutos processuais no texto constitucional confere ao processo a autoridade de instrumento de garantia das liberdades e autoriza a identificação, no âmbito da Constituição, de um subsistema instrumental composto por regras e princípios constitucionais de natureza processual que, para alguns doutrinadores, integram o que denominam Direito Constitucional Processual, e para outros, o Direito Processual Constitucional. Segundo José Frederico MARQUES, o Direito Constitucional Processual, por se ocupar das normas do processo contidas na Constituição, não se confunde com o

de interesses juridicamente protegidos, de mecanismos capazes de viabilizar a tutela jurisdicional célere e eficaz dos seus direitos subjetivos⁶⁶⁹ abstratamente agasalhados pela legislação.

25. A qualificação constitucional das regras e princípios processuais como mecanismos essenciais para a realização do Direito confere ao processo um caráter político-valorativo que o revela como principal instrumento político de acesso à ordem jurídica justa e de efetivação das garantias e direitos assegurados

Direito Processual Constitucional visualizado como complexo de normas e princípios tendentes a disciplinar o exercício da jurisdição constitucional e a aplicação dos dispositivos constantes da Constituição (In: *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Bookseller, vol. I, 1997, pp. 30-31). Antônio Carlos de Araújo CINTRA, Ada Pellegrini GRINOVER e Cândido Rangel DINAMARCO, admitindo apenas a existência do Direito Processual Constitucional, não o vislumbram como ramo autônomo do direito processual, o concebem enquanto aspecto científico, metodológico e sistemático a partir do qual é possível analisar o processo em seu relacionamento com a Constituição, contexto em que é revelado como “condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo”, compreendendo “de um lado, (a) a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; (b) de outro, a jurisdição constitucional” (In: *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 79-80). Antes mesmo de formular essa opinião conjunta, Ada Pellegrini GRINOVER já sustentava que é possível abstrair do vasto campo de abrangência Direito Processual Constitucional que ele trata, de um lado, da tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo, e de outro, da jurisdição constitucional. Para ela, “entre os princípios fundamentais de organização judiciária, enquadram-se as normas constitucionais sobre os órgãos jurisdicionais, sua competência e suas garantias; os princípios fundamentais do processo, no plano constitucional, englobam o direito de ação e de defesa e outros postulados que deste decorrem: o juiz natural, o contraditório, o princípio da iniciativa, os poderes e deveres do juiz e das partes, assistência judiciária, etc. A jurisdição constitucional, por sua vez, compreende o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da Administração e a jurisdição constitucional das liberdades, com o uso dos remédios constitucionais processuais (habeas corpus, mandado de segurança, ação popular)”. (In: *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 2). Trilhando caminho oposto, Francisco Ivo Dantas CAVALCANTI conceitua como Direito Processual Constitucional “o conjunto de normas referentes aos requisitos, conteúdos e efeitos do processo constitucional, isto é, aquele dirigido à solução das controvérsias decorrentes da aplicação da Lei Maior, tendo como grande tema de análises a Jurisdição Constitucional”, e como Direito Constitucional Processual “o conjunto de normas processuais existentes na Constituição, tais como as garantias constitucionais referentes ao Processo e ao Procedimento”. Argumenta que o primeiro ramo ocupa-se, também, das ações que tenham por escopo proteger a integridade da própria Constituição, mormente, aquelas atinentes ao Controle da Constitucionalidade das leis e atos normativos, ao passo que o segundo, além de ocupar-se com a manutenção das garantias relativas ao processo e ao procedimento, se atém aos remédios constitucionais que busquem a efetivação dos direitos constitucionalmente acolhidos (In: *Constituição e Processo: O Direito Processual Constitucional*. Recife: Mimeo, 1999, p. 22). Igualmente expressando uma visão dualista, Nelson NERY JUNIOR pondera que, embora não configurem ramos novos do direito processual, é comum tratar-se, didaticamente, como Direito Constitucional Processual o conjunto de normas de Direito Processual que se encontra na Constituição Federal, e como Direito Processual Constitucional a reunião dos princípios recepcionados com o objetivo de regular a denominada jurisdição constitucional, ambos integrantes da chamada justiça constitucional (In: *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 20-21).

⁶⁶⁹ Conforme Ada Pellegrini GRINOVER, o amparo “efetivo dos direitos subjetivos individuais não pode ser satisfeito, onde a aplicação concreta da garantia permaneça vinculada à distinção entre a natureza processual ou substancial das normas” (In: *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 100).

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

constitucionalmente⁶⁷⁰, e o expõe, enquanto fato social, às mudanças culturais, econômicas e jurídicas das sociedades⁶⁷¹.

Como ramo do direito público, o Direito Processual encontra seus lineamentos e princípios no Direito Constitucional, além de aparelhar o acesso à ordem jurídica por intermédio do processo e da realização efetiva dos seus escopos⁶⁷², materializa-se como instrumento de concretização das normas infraconstitucionais e dos direitos fundamentais abstratamente incorporados à Ordem Constitucional, que só podem ser afirmados e positivados pelos órgãos de jurisdição⁶⁷³.

O alcance da eficácia plena dos direitos e garantias civis, positivadas ou não, demanda, portanto, a constitucionalização das regras e princípios processuais assecuratórios da acessibilidade aos direitos, por intermédio de instrumentos que possibilitem, em cada situação concreta, o desenvolvimento de um ritual de interpretação/aplicação capaz de extrair dos textos normativos o máximo que a sua

⁶⁷⁰ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. In: *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*. Uberlândia: EDUFU, nº 22. pp. 257-270, 1993.

⁶⁷¹ Cândido Rangel DINAMARCO assevera ser possível evidenciar dois sentidos vetoriais nas relações entre Constituição e processo: (i) à medida que o Texto Constitucional dita regras fundamentais e princípios a serem observados na construção do desenvolvimento empírico da vida do processo (tutela constitucional do processo), (ii) o processo consolida-se como instrumento para preservação da ordem constitucional, seja mediante a chamada ‘jurisdição constitucional’ (inclusive a ‘jurisdição constitucional das liberdades’), seja através da utilização cotidiana, quando serve de mecanismo de realização das normas legais ordinárias, observados os valores constitucionalmente amparados e nelas refletidos. (In: *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 312).

⁶⁷² José Augusto DELGADO ao analisar os princípios como garantias processuais do cidadão, referindo-se ao artigo de Hans W. FASHING (O Desenvolvimento do Código de Processo Civil Austríaco nos Últimos 75 anos. Trad. Luiz Kubinszky e Arruda Alvim. In: *Revista do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 5, pp. 115-127, 1977), leciona que o primeiro escopo do processo é a proteção dos direitos individuais, o segundo é a verificação e proteção da ordem jurídica a serviço da comunidade regulada pelo Direito. Complementa: “esse fenômeno caracteriza o movimento revolucionário que se instaurou, na atualidade, contra a concepção individualista do processo e da Justiça. É uma luta constante, para que se fortifique o declínio das estruturas daquela concepção, por possuir aspectos radicais, bem como pela incapacidade em dar respostas satisfatórias ao grave problema de ser assegurada tutela suficiente ao cidadão, em face de novas garantias e interesses surgidos, que são vitais para a estabilidade da sociedade moderna. No desenvolver desse contexto, o Estado procura se desincumbir da sua função jurisdicional, poder-dever, reflexo de sua soberania, de modo que lhe seja possível concretizar a realização do bem-comum almejado pelo cidadão no seu dia-a-dia em sociedade. Para tanto, o processo é o instrumento útil de que dispõe, cuja utilização se apoia em princípios, todos atuando com o propósito de tornar eficazes os direitos e garantias fundamentais do cidadão. Essa consciência jurídica formal evidencia o conteúdo científico presente na elaboração da Constituição e da lei ordinária, cujo fim é alcançar o pleno desenvolvimento da personalidade dos destinatários das normas jurídicas - o cidadão - enfrentando, com eficiência e rapidez, a prestação jurisdicional solicitada” (A Supremacia dos Princípios nas Garantias Processuais do Cidadão. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo: Vellenich, vol. 129, p. 63 – 84, 1994).

⁶⁷³ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A Efetividade do Processo e a Reforma Processual. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 153, pp. 9–12, 1996.

ponderação sistêmica e os valores e princípios que comandam o ordenamento jurídico constituído admitirem.

As normas de direito processual são positivadas não apenas com o objetivo de disciplinar os meios necessários à prestação da tutela jurisdicional e as vias de acesso a esses mecanismos, mas, especialmente, com a finalidade de instrumentalizar⁶⁷⁴ promoção de uma ordem jurídica justa pela chancela constitucional dos direitos, a efetiva aplicação das leis e a observância da supremacia da Constituição⁶⁷⁵.

26. A promoção do acesso ao direito e à justiça, nesse contexto, tem a ver com a validade do processo como instrumento de efetivação dos direitos e da pacificação social, e espaço de consolidação da função jurisdicional enquanto expressão da tutela estatal dos direitos, e com a disponibilização de meios aos titulares de interesses para que, de

⁶⁷⁴ O conceito de instrumentalidade comporta dimensões distintas, uma relacionada com a jurisdição, evidenciada no movimento metodológico desenvolvido no âmbito do próprio poder judiciário com o desígnio de garantir, de forma segura e correta, a eficácia das normas de direito substancial e processual; outra, referida ao processo, revelada nas fórmulas inseridas no sistema processual com a finalidade de conferir efetividade aos mecanismos que viabilizam o exercício da jurisdição e a composição dos conflitos; e uma terceira pautada na possibilidade de suprimir a rigidez das fórmulas em prol da utilidade do ato que, embora nulo, atingiu o objetivo perseguido. Esses aspectos, por integrarem uma mesma realidade finalística, se complementam e interagem no processo de realização dos direitos. Nessa diretiva, Sérgio Torres TEIXEIRA sustenta que, para permitir a correta concretização da função jurisdicional (e, igualmente, do direito de ação), é “imprescindível que tal instrumento esteja em condições de bem atender às exigências do Estado-Juiz e do cidadão lesado. Não basta que o processo esteja formalmente em harmonia com as diretrizes abstratas da lei. Para cumprir a sua missão instrumental, é indispensável a sua eficácia prática” (Efetividade Social do Processo Trabalhista – A eficácia do processo no âmbito da justiça do trabalho numa perspectiva sociojurídica. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região*. Recife: TRT da 6ª Região, v. 10, n. 25, pp. 56-93, 1998).

⁶⁷⁵ Ao analisar os aspectos fundamentais do direito processual, Benedito HESPANHA pondera que a ‘tríade relacional da ação, do processo e da jurisdição carrega consigo todos os demais princípios e pressupostos processuais que dependem, de um modo ou de outro, da ação, do processo e da jurisdição para que a administração da justiça se realize, através do Direito Processual’. Aponta que os princípios, como ‘o princípio da demanda, do contraditório, da defesa, do dispositivo, do juiz natural, da independência funcional, da imparcialidade, do grau de jurisdição, da isonomia jurídica, da publicidade, da oralidade ou da lealdade processual, são todos sectários lógicos e relacionais da trilogia da Ciência do Processo’. Trilogia estrutural ‘que, no fundo, se baseia na dialética formal da relação processual, como centro irradiador dos direitos e deveres que coordenam os atos dos sujeitos no processo, através de uma operação crítica e de síntese científica, fixa e define a área normativa da atuação dos princípios da Ciência do Processo na prática’. Para ele, nessa trilogia estrutural, basicamente, ‘o que se observa é a vinculação recíproca e obrigatória de direitos e deveres a que se subordinam os sujeitos que constituem a relação jurídica formal, com base na relação jurídica material’. Nesse sentido, ‘a ação nada mais é do que a concretização do direito público e subjetivo de agir do autor em juízo. O processo nada mais é do que a atividade concreta e dinâmica ou o movimento operativo da jurisdição, no sentido dialético de fazer justiça à relação jurídica litigiosa daquele que provou ser o direito seu. A jurisdição nada mais é do que o direito à tutela jurídica a que se vinculou o órgão estatal da função jurisdicional e que prometeu publicamente administrar’. (In: *Tratado de Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, vol. II, 1986, p. 1278-1279).

forma eficaz, célere e útil, demandem provimentos judiciais ou resistam às pretensões formuladas, sem obstáculos de quaisquer natureza⁶⁷⁶.

A efetividade processual está relacionada com a concepção de eficiência dos mecanismos oficiais em “cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais”⁶⁷⁷, solvendo com justiça e pela observância das normas e precedentes, por intermédio de fórmulas compositivas institucionalizadas ou não⁶⁷⁸, insatisfações e contendas resultantes de divergências concretas quanto ao gozo e fruição de bens⁶⁷⁹ e direitos⁶⁸⁰,

⁶⁷⁶ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. In: *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*. Uberlândia: EDUFU, nº 22. pp. 257-270, 1993, p. 11.

⁶⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 270.

⁶⁷⁸ Arruda ALVIM lembra que, com a organização das sociedades, firmou-se a convicção de que a perpetuação da força individual como forma de solucionar divergências entre interesses, além de prejudicar a prevalência do interesse afiançado pelo direito, ante a tendência de somente preponderar o do mais forte, constitui uma incessante ameaça à paz social e ao ordenamento jurídico, contribuindo assim para um inexaurível clima de insatisfação e insegurança na sociedade. (In: *Tratado de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.1, 1990, p.19). José Eduardo Carreira ALVIM traçando minuciosa análise acerca das formas de resolução dos conflitos, assevera que o conflito entre dois interesses contrapostos pode ser “resolvido por obra dos próprios litigantes ou mediante a decisão imperativa de um terceiro. Na primeira hipótese, ocorre uma solução parcial do conflito – o qualificativo, aí, se opõe a “imparcial”, não a total – quer dizer, por ato das próprias partes, e, na Segunda, uma solução imparcial do conflito, quer dizer, por ato de um terceiro alheio ao litígio. Como formas parciais de resolução dos conflitos, temos a autodefesa e a autocomposição, e, como forma imparcial, o processo.” (In: *Elementos de Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 10). A mais remota e primitiva fórmula de composição das lides é a autodefesa ou autotutela, por muitos denominada *justiça privada*, na qual o próprio interessado, sem qualquer intervenção de terceiros, utilizando-se da coerção, ou ameaçando dela fazer uso, impõe o seu interesse àquele com quem mantém a relação conflituosa. Longe de ser justa, a autodefesa, ao invés de pacificar as interações sociais, contribui para o surgimento de novos conflitos, na atualidade, somente é admitida em situações de risco expressamente prescritas em lei. Como fórmula mais evoluída de solução dos conflitos, a autocomposição, surge numa fase posterior. Nela, os indivíduos, por intermédio de uma negociação direta, sem intermediários, transacionam fazendo concessões recíprocas até a configuração do ponto comum de concordância. Paralelamente ao seu exercício, foram edificados como métodos de heterocomposição a mediação, a arbitragem e o processo, que pressupõem a participação de terceiros desinteressados no bem ou no direito disputado, atuando, primordialmente, como descobridores da melhor solução para a contenda. O mediador, desprovido de qualquer poder decisório, age como mero conciliador expondo aos contendores a solução mais viável para o conflito, já o árbitro, no exercício do poder decisório que lhe é outorgado pelos titulares dos interesses em conflito, impõe o desfecho que entender viável para resolver o litígio, cujo teor terá força obrigatória para os conflitantes.

⁶⁷⁹ Alfredo BUSAID defende que o interesse não é um juízo “mas uma posição do homem, precisamente a posição favorável à satisfação de uma necessidade.” (*Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 91). Arruda ALVIM sustenta que, “conquanto não se deva negar que o interesse resulta numa posição, esta é necessariamente precedida de um juízo, desde que o homem é um ser racional, e à ‘posição’ chega o homem ao depois de um juízo matriz do seu querer, dado que o juízo é pressuposto pelo seu querer”. Arremata que, embora se considere ‘bem’ tudo o que se apresentar apto para satisfazer os anseios das pessoas, estão implícitas na sua definição, como fatores que despertam os interesses, as ideias de necessidade e de utilidade. (In: *Tratado de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1, 1990, p.5-6).

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

incluindo os conflitos de interesses individuais e coletivos entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado ou público.

Como mecanismo de intervenção estatal nas relações privadas e de expressão do monopólio Estatal de distribuir a justiça, o processo civil instrumentaliza a fórmula institucional de composição dos conflitos, realizada mediante provimentos proferidos por órgãos jurisdicionais no âmbito da atividade de interpretação/aplicação normativa, desenvolvida a partir do exercício do direito de ação na sua perspectiva dúplice, ou seja, enquanto direito de postular e de resistir⁶⁸¹.

Para além dessa concepção instrumental que o evidencia como mecanismo essencial para a eficiente prestação jurisdicional e a eficaz tutela de interesses em conflito, o processo incorpora uma dimensão política que o qualifica como meio de pacificação social e de garantia do exercício das liberdades e direitos comuns ao regime democrático.

Nessa acepção, sua efetividade é condicionada à capacidade que lhe for conferida pela ordem jurídica para cumprir a sua função sócio-político-jurídica⁶⁸², atingir em toda plenitude os seus escopos institucionais, elidir as insatisfações de forma justa e pela observância das normas e precedentes, servir de parâmetro para o gozo e o respeito às leis e de elo assecuratório do exercício das liberdades e da participação dos cidadãos na especificação dos fins sociais⁶⁸³.

5.4. O direito de ação como expressão do direito de acesso à justiça.

⁶⁸⁰ Rudolf Von IHERING em clássica lição amestra: “aquele que for atacado em seu direito deve resistir; é um dever que tem para consigo mesmo. A conservação da existência é a suprema lei da criação animada, e assim se manifesta instintivamente em todas as criaturas; porém, a vida material não constitui toda a vida do homem, tem ainda que defender sua existência moral que tem por condição necessária o direito: é, pois, condição de tal existência que ele possua e defenda o direito” (In: *A Luta pelo Direito*. São Paulo: Acadêmica, 1988, p. 29).

⁶⁸¹ Ada Pellegrini GRINOVER ensina que a constitucionalização do direito cívico da ação “não exaure a configuração do ‘devido processo legal’, o processo é instrumento de atuação da Constituição e o binômio processo-Constituição constitui não somente garantia de justiça, como também garantia de liberdade”. Para ela, o direito “não deve ficar à mercê do processo nem sucumbir diante da inexistência ou insuficiência deste”. (In: *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 99).

⁶⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, p. 270, 1996.

⁶⁸³ Sérgio Sérulo da CUNHA destaca que efetividade e eficácia não se confundem. Para ele, efetividade tem a ver com a “razoabilidade do ordenamento jurídico, alude à coincidência entre o Direito que está nas leis (dever ser) e o Direito que se realiza como fato concreto da vida. A incidência da lei pertence ao plano lógico da eficácia; sua aplicação, ao plano concreto da efetividade.” (In: *O Efeito Vinculante e os Poderes do Juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 22).

27. Tratado como prerrogativa processual, o acesso ao direito e à justiça estabiliza-se como técnica que possibilita o desenvolvimento de mecanismos équos e justos de formalização e aplicação útil, e em tempo razoável, das normas jurídicas e precedentes aos casos concretos, num espaço discursivo onde seja assegurado a cada envolvido oportunidade para participar em igualdade de condições. O grau de acessibilidade é aferido com base no nível de eficiência do sistema processual em viabilizar a pacificação social pela via da atuação jurisdicional compositiva de conflitos.

Enquanto veículo de acesso à justiça, o processo instrumentaliza o direito a um provimento jurisdicional que corporifique conteúdos de direito processual e de direito substancial, e se aperfeiçoa estruturado em normas de direito instrumental de caráter fundamental⁶⁸⁴.

É o ordenamento jurídico que municia o titular de interesses juridicamente protegidos de poderes e faculdades de diferentes intensidades, para a defesa das suas prerrogativas e interesses, a fim de que “o direito à tutela jurisdicional assista a quem reúna as condições previamente estabelecidas em lei e desfrute do direito subjetivo material alegado”⁶⁸⁵.

28. O direito de ação, enquanto faculdade conferida ao titular de interesse juridicamente respaldado para provocar prestação jurisdicional de natureza preventiva, reparatória, compensatória ou executória, consubstancia mecanismo de concretização do direito de acesso à justiça⁶⁸⁶ como expressão do direito à tutela jurisdicional, qualificado pelos atributos da publicidade, da subjetividade, da autonomia e da abstração⁶⁸⁷.

⁶⁸⁴ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. In: *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*. Uberlândia: EDUFU, nº 22. pp. 257-270, 1993, p. 9. Seguindo idêntico raciocínio, José Augusto DELGADO sustenta que o Direito Processual há de pautar-se nos princípios a seu respeito contidos na Constituição, além dos que informaram as forças políticas e sociais que influenciaram a elaboração da Lei Maior, tornando-se, portanto, quando aplicado, em reflexo maior do momento político que o inspirou (A Tutela do Processo na Constituição de 1988 – Princípios Essenciais. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 65, pp. 9 – 31, 1989, p. 12). Sobre a expressão do direito de ação enquanto instrumento de acessibilidade, ver: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública – Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Duelo e Processo. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 112, a. 28, out./dez. 2003; e, MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998.

⁶⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. Rio de Janeiro: Malheiros, 1993, p. 368.

⁶⁸⁶ Para Arruda ALVIM, existem dois tipos de ação, uma de cunho eminentemente genérico, sediada no Direito Constitucional (que denomina direito de ação constitucional, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Carta Magna), e outra, de natureza processual - regulada pelo processo, mas que nasce do próprio direito de ação constitucional – (In: *Tratado de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos

Ao titular da ação processual assegura-se, além da prerrogativa abstrata e incondicional de ingressar em juízo para propor demandas e se defender naquelas contra si ajuizadas⁶⁸⁸, o direito ao pronunciamento jurisdicional sobre a situação litigiosa

Tribunais, vol.1, 1990, p. 378). Luiz Guilherme MARINONI trilhando entendimento similar, pondera que para a inserção do instituto da ação no contexto da temática do acesso à Justiça é imprescindível o desenvolvimento do conteúdo do princípio da inafastabilidade, ‘cuja análise’ conduz à garantia do direito de ação – como consequência de estar o Estado obrigado a prestar tutela jurisdicional a quem o invoca sob o fundamento de ter sofrido lesão – e à regra do juiz natural (In: *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 201).

⁶⁸⁷ A prerrogativa de acionar não se confunde com o direito de petição assegurado no art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, da Constituição Federal do Brasil, cujo objetivo é garantir aos indivíduos a faculdade de formular reclamações perante os poderes públicos contra ilegalidade ou abuso de poder. Trata-se de instituo informal que, para ser efetivado, segundo Nelson NERY JÚNIOR, requer apenas a “identificação do peticionário e o conteúdo sumário do que se pretende do órgão público destinatário do pedido”. Por figurar como direito de participação política, para ser admitido não exige que o peticionante comprove ter sofrido gravame pessoal. Para o citado processualista, o direito de ação é um direito cívico e abstrato, vale dizer é um direito subjetivo à presença *tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação. A realização de um direito subjetivo é alcançada quando se consegue o objeto desse mesmo direito. Como o objeto do direito subjetivo de ação é a obtenção da tutela jurisdicional do Estado, deve entender-se por realizado o direito subjetivo de ação, assim que pronunciada a sentença, favorável ou não ao autor. (In: *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 95-97).

⁶⁸⁸ Durante muito tempo vigorou no ocidente a concepção civilista, de matiz romana, cujo principal representante foi SAVIGNY, que confundia o direito de ação como expressão indissolúvel do próprio direito substancial afirmado pelo demandante. Os seus adeptos visualizam a ação como o próprio direito subjetivo material reagindo contra a ameaça ou violação ao seu teor, não sendo admissível ação sem direito nem direito sem ação. Moacyr Amaral dos SANTOS lembra que, a despeito das variantes imprimidas a essa concepção, o que a caracterizou foi o fato de a ação se prender “indissolúvelmente ao direito que por ela se tutela” (*Primeiras Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, vol. I, p.144, 1990, p. 144). Tal visão começou a ser mitigada a partir da polêmica entre os processualistas alemães WINDSCHEID – que defendia a existência do direito à ação contra o Estado e o réu – e MUTHER que, ao distinguir o direito violado e a ação, sustentou a existência de dois direitos de natureza pública, o do ofendido à tutela jurisdicional do Estado, e o do Estado ao aniquilamento do prejuízo resultante da situação lesiva à paz social. A nova corrente de pensamento que surgiu do confronto destas perspectivas posicionou a ação como direito subjetivo público autônomo, invocado pelo prejudicado, contra o Estado, com base em ofensa a direito, a fim de que preste a tutela jurisdicional. Entre os autonomistas duas correntes se formaram, a dos que patrocinam ser a ação um direito concreto à tutela jurisdicional, e a dos que a defendem como direito abstrato de agir. Adolfo WACH, professando uma visão concretista, conceitua a ação como um direito autônomo, não tendo necessariamente por base um direito subjetivo ameaçado ou violado, passível de ser invocado inclusive para obter uma simples declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica. Para ele, a ação tem fundamento no direito subjetivo material ou no interesse do autor, direciona-se contra o Estado e contra o réu objetivando a tutela jurisdicional, e depende da concorrência de requisitos de direito material (condições da ação) e de direito formal (pressupostos processuais), sem os quais não é admitida, nem possibilita emissão de sentença. Esse pensamento serviu de base para a teoria da ação como direito concreto à tutela jurisdicional. Seus adeptos entendem que, sendo a ação um direito autônomo, para ser exercitado não precisa de um direito material violado ou ameaçado de violação, dirige-se contra o Estado e contra o réu, e incorpora a prerrogativa de exigir, concretamente, do primeiro, tutela de mérito favorável (SARAIVA, Vicente. O Conceito de Ação no Direito Romano e Moderno. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 61, pp. 61 – 77, p. 74, 1997, p. 74). Conquanto filiado a esta teoria, CHIOVENDA dela divergiu ao conceber a ação como mero direito potestativo. Professou que o direito de ação, não obstante tratar-se de um direito subjetivo público autônomo, é invocável contra o adversário e não em desfavor do Estado, com o fito de fazer valer a vontade da lei em prol do autor, em virtude do que deve ser concebido como direito de poder, que objetiva a produção de efeitos jurídicos em favor de um sujeito da relação

concretamente posta, que consubstancie o reconhecimento de uma situação de vantagem respaldada por uma norma de direito substancial, ou a efetivação de um interesse juridicamente protegido⁶⁸⁹.

29. No plano processual, a operatividade do direito de ação enquanto manifestação do direito de acesso à justiça está sujeita ao atendimento de pressupostos e condicionantes que, em certas circunstâncias, podem se converter em limitações à admissão em juízo⁶⁹⁰.

processual com ônus para o outro. Os abstracionistas, capitaneados por DEGENKOLB e PLOSZ, defendem que o direito à ação independe de seu resultado, pressupõe apenas que o postulante indique um interesse abstratamente tutelado pela norma para justificar a instauração do processo e a prolação de sentença, e independe da existência concreta do direito subjetivo material. Basta a existência *in abstracto* de um direito para autorizar a provocação da tutela jurisdicional, a ação é proposta contra o Estado para obrigá-lo a exercer a função jurisdicional. Para esses teóricos, o interesse secundário, que é o interesse de agir tendente a excluir os obstáculos opostos ao interesse principal, também é tutelado pelo Estado mediante normas de direito adjetivo. Entre os seus adeptos, Enrico LIEBMAN, firmando posição diferenciada, considera o direito de ação como direito autônomo de natureza instrumental, constitucionalmente assegurado e conexo a uma pretensão concreta à prolação de uma sentença de mérito. Segundo Vicente SARAIVA, a orientação que predomina em nossos dias posiciona a ação como direito público constitucional, autônomo, que não depende da existência efetiva do direito subjetivo material ou instrumental para ser exercido. (O Conceito de Ação no Direito Romano e Moderno. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 61, pp. 61 – 77, 1997, p. 75).

⁶⁸⁹ Segundo Piero CALAMANDREI “a regra fundamental é que não se tem jurisdição sem ação; isto é, que a justiça não se movimenta se não existe quem a solicite” (In: *Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, vol. 1, 1999, p. 188). Detentor do poder jurisdicional, ao Estado incumbe responder à provocação do titular do direito de agir e prestar a tutela judicial nos limites estabelecidos na postulação, independentemente da existência efetiva do direito material invocado. O órgão jurisdicional não pode se recusar a desempenhar a sua função quando regularmente provocado, embora não esteja vinculado à pretensão do autor, mas, exclusivamente, à realização da justiça pela aplicação da lei ao caso concreto.

⁶⁹⁰ A faculdade de acionar o aparato estatal pode ser concebida, na perspectiva Chiovendiana, como um direito potestativo, ou seja, como “o poder jurídico de determinar o nascimento da condição para atuação da vontade da lei” (CHIOVENDA, G. *Instituzione di Diritto Processuale Civile*. Nápoles: Jovene, v. 1, 1933, p. 246). O acesso à tutela jurisdicional, nessa perspectiva, somente se concretiza quando o interessado cria condições suficientes para o exercício, por parte do Estado, de uma função pública consubstanciada na tutela jurisdicional. O direito de ação é aqui visualizado como a prerrogativa de obter provimento jurisdicional concretamente favorável a quem provoca a atuação judicial. A chancela da pretensão está subordinada à existência ou não de condições para a efetivação do direito material alegado. Numa outra versão, o direito de ação é autonomizado e não se concretiza vinculado a existência do direito substancial deduzido. A qualquer interessado é dado provocar a tutela jurisdicional independentemente de estar abstratamente lastreado por norma de direito substancial. Enrico T. LIEBMAN conjugou estas duas perspectivas aproximando o direito de ação ao direito a um juízo de mérito ou a um provimento de caráter executivo, mas condicionando-o à observância dos requisitos do interesse de agir, da legitimação processual e da possibilidade jurídica do pedido (In: *Manuale di Diritto Processual Civile*. Milano: Giuffré, 1968, p. 37), pressupostos que, posteriormente, restringiu para legitimação e interesse processual. José CICHOCKI NETO concebe o direito de agir como instrumento que possibilita a concessão a quem tem direito, de tudo aquilo “e precisamente aquilo de que ele tem direito de obter”, escopo que somente pode ser atingido “se as decisões jurisdicionais produzirem, efetivamente, a certeza do direito em suas declarações jurisdicionais e a exequibilidade de suas decisões, numa relação custo-benefício vantajosa e num tempo razoável, isto é, apto a não frustrar, no curso de sua tramitação, as expectativas das partes quanto aos resultados justos almejados” (In: *Limitações ao Acesso à Justiça*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 165). Humberto THEODORO JÚNIOR afiança que, modernamente, prevalece a conceituação da

A verificação das condições da ação e dos pressupostos processuais, assim como a fixação de prazo para o seu exercício e a exigência de formalidades legais específicas, não constituem óbices ao exercício do direito de ação, mas meras limitações naturais e legítimas ao seu exercício⁶⁹¹.

O mesmo não se pode falar das limitações resultantes da cobrança excessiva de custas processuais e de taxa judiciária, e da inércia do julgador em conceder ao postulante oportunidade para regularizar o processo quando eivado de vício sanável,

ação como um direito público subjetivo exercitável pela parte para exigir do Estado a obrigação da tutela jurisdicional, pouco importando seja esta de amparo ou desamparo à pretensão de quem o exerce. É, por isso, abstrato. E, ainda, é autônomo, porque pode ser exercitado sem sequer relacionar-se com a existência de um direito subjetivo material, em casos como o da ação declaratória negativa. É, finalmente, instrumental, porque se refere sempre a uma pretensão de direito material (positiva ou negativa). (In: *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, p. 50, 1996). O que implica afirmar, segundo José Clemenceau Pedrosa MAIA, que, diante do conflito de interesses, detêm os titulares dos interesses em choque o direito subjetivo público de conjurar do Estado a tutela jurisdicional no sentido de fazer atuar a vontade de lei por intermédio de uma providência jurisdicional (Ação Declaratória Incidental – Condição de Admissibilidade – Efeitos da Sentença. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 52, pp. 09 – 19, 1988, p. 09), e, com isso, restabelecer a situação jurídica ameaçada ou violada (ARAÚJO, Vandyck Nóbrega de. O Direito Processual a Vivência Humana. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 26, pp. 35 – 45, 1984, p. 43). José Lebre de FREITAS segue idêntica linha de pensamento ao sustentar que o direito de ação “é hoje pacificamente entendido como um direito público totalmente independente da existência da situação jurídica para a qual se pede a tutela judiciária, afirmando-se como existente ainda que ela na realidade não exista, a afirmação basta à existência do processo com o consequente direito à emissão da sentença” (In: *Introdução ao Processo Civil: Conceito e Princípios Gerais à Luz do Código Revisto*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p.79).

⁶⁹¹ No Brasil, a legislação processual condiciona a admissão em juízo à possibilidade jurídica do pedido, à demonstração do interesse processual e à legitimidade para demandar a tutela. A possibilidade jurídica tem a ver com a probabilidade de reverência da pretensão formulada, no sentido da viabilidade da prestação da tutela jurisdicional, e com o respaldo jurídico dos pedidos de ordem material ou processual ventilados, no sentido de que o ordenamento permite a formulação e a apreciação dos pleitos. Somente há configuração da impossibilidade quando o pedido formulado não tem a menor condição de ser apreciado pelo Poder Judiciário, porque já excluído, *a priori*, pelo ordenamento. O interesse de agir configura o interesse jurídico-processual em utilizar a prerrogativa de ação com o intuito de conseguir uma solução judicial para a contenda, assenta-se na premissa de que, tendo o Estado o interesse no exercício da jurisdição, não convém permitir o acionamento do aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado prático. É preciso que no caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada. Repousa a necessidade da tutela jurisdicional na inviabilidade de obter a satisfação do interesse ou a efetivação do direito alegado sem a intervenção do Estado-juiz, ou porque a parte contrária se nega a satisfazê-lo ou reconhecê-lo, ou porque a própria lei exige que determinados direito só possam ser exercidos mediante prévia declaração judicial. A adequação, por outro lado, revela-se na relação existente entre a situação lamentada pelo demandante ao vir a juízo e o pronunciamento jurisdicional concretamente solicitado, ou seja, o provimento reclamado deve ser apto para corrigir o mal de que o postulante se queixa, sob pena de revelar-se inútil. A legitimidade para a causa é identificada na demonstração da titularidade do direito ou do interesse objeto do conflito, ou da autorização contratual ou legal para postular ou defendê-lo, ainda que não o titularize.

bem como manifestar insatisfação nas hipóteses de decisões contrárias aos seus interesses⁶⁹².

Ao servir de instrumento de concretização do direito dos titulares de interesses em conflito de reivindicar do órgão estatal responsável pela prestação da tutela jurisdicional, a útil e justa declaração da norma ou precedente aplicável, necessária à composição da contenda, pressupõe a existência de mecanismos que, postos à disposição das partes para demandarem o provimento judicial ou resistirem à pretensão ajuizada, viabilizem o seu manejo livre de obstáculos de qualquer natureza⁶⁹³.

Nesse contexto, o direito de acesso à ordem jurídica por intermédio de instrumentos jurídicos válidos e úteis, se acopla à prerrogativa de exigir dos órgãos jurisdicionais pronunciamentos fundamentados, que reflitam o caminho cognitivo percorrido pelo intérprete/aplicador para a formulação do preceito utilizado para solver o litígio, capazes de produzirem resultados que assegurem às partes vitoriosas o gozo pleno das específicas utilidades a que fazem jus segundo o ordenamento⁶⁹⁴.

30. Na perspectiva do acesso à justiça o direito de ação conexas-se com o direito ao contraditório enquanto prerrogativa dialética comum às partes, que lhes

⁶⁹² José Joaquim Gomes CANOTILHO esclarece que o direito ao processo implica também na vedação à imposição de pressupostos processuais desnecessários, desviados ou deslocados do sentido fixado pelo direito fundamental de acesso aos tribunais. (In: *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 446).

⁶⁹³ Rogério Lauria TUCCI e José Rogério Cruz TUCCI doutrinam que a garantia do devido processo legal deve ser uma realidade presente em todas as etapas do processo judicial, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos ou impedido de participar das formalidades procedimentais. Tais etapas desdobram-se nas garantias: a) de acesso à justiça; b) do juiz natural ou preconstituído; c) da plenitude da defesa, com todos os meios e recurso a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões jurisdicionais; e f) da prestação jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável. (In: *O Devido Processo Legal e a Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 107). A exigência de motivação das decisões judiciais também decorre da garantia do devido processo legal, constitui condição de validade do provimento à medida que protege os postulantes de arbitrariedades porventura perpetradas pelas autoridades judiciais. Torna-se mais premente diante da necessidade de identificar, no processo decisório, as opções valorativas do julgador, por exemplo, ao concretizar conceitos jurídicos indeterminados, como os de ‘bons costumes’, ‘exercício regular do direito’, ‘interesse público’ e outros análogos. Ao contrário do que possa parecer à primeira vista, a motivação é tanto mais necessária quanto mais forte o teor de discricionariedade da decisão, já que apenas à vista dela se pode saber se o Juiz usou bem ou mal a sua liberdade de escolha, e, sobretudo, se não terá ultrapassado os limites da discricionariedade para cair no arbítrio (DELGADO, José Augusto. A Sentença Judicial e a Constituição Federal de 1988. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 91, pp. 9 – 16, 1991, p. 16).

⁶⁹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo. In: *Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1982, p. 203. No mesmo sentido: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. In: *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*. Uberlândia: EDUFU, nº 22. pp. 257-270, 1993, p. 12; e, CHIOVENDA, Giuseppe. Dell’azione nascente dal contratto preliminare. In: *Rivista di Diritto Commerciale*. Padova: Piccin Nuova Libreria, vol. 1, 1930, p. 110.

assegura manifestar-se contrariamente aos pronunciamentos e pretensões deduzidos pelo titular do interesse contraposto⁶⁹⁵, e incorpora um sentido amplo que o revela como privilégio de ambos os titulares de interesses em conflito materializado tanto no exercício da postulação inicial como na realização do pronunciamento defensivo.

Aos envolvidos numa relação processual, tradicionalmente denominados autor (titular do direito de ação) e réu (titular do direito de defesa), deve ser assegurada igual proteção jurídica e paridade de oportunidades e acesso a um processo legalmente instituído, a fim de que o direito perseguido seja concretizado em prol daquele que melhor demonstrar dele ser titular⁶⁹⁶.

⁶⁹⁵ Para Marcus ORIONE “o contraditório consiste na possibilidade de uma das partes manifestar-se contrariamente à pretensão deduzida pela outra parte, podendo inclusive apresentar contraprova”, que “vige durante toda a relação jurídico-processual, sendo que, sempre que uma parte se manifestar, deve-se abrir oportunidade à outra para contraditar” (In: *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 15).

⁶⁹⁶ É nesse sentido que Nelson NERY JÚNIOR defende que “todo e qualquer expediente destinado a dificultar ou mesmo impedir que a parte exerça sua defesa no processo civil, atenta contra o princípio da ação e, por isso, deve ser rechaçado” (In: *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 98). Humberto THEODORO JÚNIOR leciona que o aspecto bifrontal do direito de ação acha-se modernamente muito bem definido e caracterizado pelo direito francês, no artigo 2º do Decreto de 25 de julho de 1972, onde há disposição no sentido de que a ação confere ao autor de uma pretensão, bem ou mal fundada, o direito ao pronunciamento judicial, ao passo que, para o seu adversário o direito de ação incorpora o direito de discutir o mérito da pretensão deduzida. (In: *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 1996, p. 48). Arruda ALVIM, também professando uma concepção abrangente, defende que a ação é o direito inserido na lei, ou no sistema processual “cujo nascimento depende da manifestação de nossa vontade, tendo por escopo a obtenção da prestação jurisdicional do Estado, colimando, diante da hipótese fático-jurídica, nela formulada, a aplicação da lei”. Para ele, o escopo da ação é a obtenção da prestação jurisdicional, não apenas da tutela jurisdicional favorável, na perspectiva do autor (o que não significa que o objetivo do autor não seja sempre a prestação jurisdicional favorável), mas uma prestação jurisdicional, favorável ou não, “compreensiva das posições do autor e do réu” (In: *Tratado de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1, 1990, p. 377-8). Antônio Carlos de Araújo CINTRA, Ada Pellegrini GRINOVER e Cândido Rangel DINAMARCO, conquanto visualizem a ação como direito de pedir a tutela jurisdicional para determinada pretensão fundada em direito material, e a contestação como direito de pedir que a tutela jurisdicional requerida pelo autor seja denegada por não se conformar com o direito objetivo; e professem que, a exemplo do direito de ação, o direito de defesa é um direito público subjetivo (ou poder), constitucionalmente garantido como corolário do devido processo legal e dos postulados em que se alicerça o sistema contraditório do processo, insurgem-se contra a tese de bifrontalidade, sustentando ser incorreto falar em ‘ação do réu’, porque não há ação sem interesse de agir, e, se a defesa é suficiente para resguardar o interesse do réu, este só se defende e não ataca, e mesmo quando na contestação “amplia a matéria que deverá formar o convencimento do juiz (aduzindo fatos extintivos ou impeditivos), não está ampliando o *thema decidendum*”. Ainda com a intenção de rechaçar a possibilidade de conceber a manifestação do requerido como expressões do direito de agir, defendem que, em virtude da direção contrária dos interesses dos litigantes, a bilateralidade da ação e do processo desenvolve-se como contradição recíproca. O réu também tem uma pretensão em face dos órgãos jurisdicionais (a pretensão a que o pedido do autor seja rejeitado), a qual assume uma forma antitética à pretensão do autor, e não pode ser considerada direito ao provimento de rejeição do pedido do autor, mas apenas o direito a que no julgamento também se leve em conta as razões deduzidas na defesa. (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 231, 254, 267, 270 e 271).

O direito de ação manifesta-se, neste cenário, em todas as situações necessárias para que o aplicador do direito possa declarar, de forma efetiva, a vontade concreta da lei invocada pelas partes, no curso de um processo interativo em que os atos e procedimentos sejam preestabelecidos e plenamente conhecidos⁶⁹⁷.

Consolida-se como reflexo da prerrogativa posta à disposição dos titulares de interesses em conflito que os autoriza a provocar o Estado para que, validamente e por intermédio dos executores da função jurisdicional, aplique e torne efetivo o direito perseguido⁶⁹⁸, e como expressão do direito à jurisdição⁶⁹⁹ revelado enquanto faculdade de provocar um ato estatal tendente a restabelecer a ordem jurídica momentaneamente violada.

É estabilizado como direito público subjetivo à tutela jurisdicional seja de acolhimento ou de rejeição da pretensão, exercido não apenas pelo autor, mas igualmente pelo réu “ao se opor à pretensão do primeiro e postular do Estado um provimento contrário ao procurado por parte daquele que propôs a causa, isto é, a declaração de ausência do direito invocado pelo autor”⁷⁰⁰, de modo a representar para qualquer um dos titulares de interesses em conflito uma via legítima para provocar

⁶⁹⁷ Entendemos que uma vez movida a ação e em sendo acolhido o pedido, haverá consequências na esfera jurídica do demandado, logo, este também tem uma pretensão contrária à do autor, consubstanciada no interesse em vê-la rejeitada. Nessa relação interativa e dialética reside o fundamento lógico do contraditório, e o paralelismo entre o direito de ação e o direito de defesa. Ambos são direitos públicos subjetivos, autônomos e abstratos (porque os seus exercícios independem das existências efetivas dos direitos materiais invocados), e assegurados constitucionalmente. Assim como o autor exerce a faculdade de acionar o Estado em defesa de um direito, ao réu também é facultado o exercício da prerrogativa de defender e postular como seu o direito pretendido.

⁶⁹⁸ José Augusto DELGADO celebra que as constantes exigências que são feitas ao Estado contemporâneo para que sejam aumentadas as suas tarefas sociais elevaram a proteção de direitos ao nível de necessidade fundamental. A luta pelo direito não é hoje uma reivindicação individual. É uma exigência a ser alcançada pelas massas, a fim de se plantar uma efetiva estabilidade nas relações jurídicas quando desarticuladas pelo conflito. Disto resulta que o processo civil deixou de ser assunto particular entre as partes para se transformar em uma das tarefas mais eminentes do Estado, obrigando o Juiz a dirigir ativamente o processo, tendo em vista alcançar os princípios impostos pelo Direito Público e que se dirigem a garantir proteção jurídica. (Princípios Processuais Constitucionais. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 42, pp. 21 – 30, 1987, p. 21).

⁶⁹⁹ Humberto THEODORO JÚNIOR sustenta que a ação, na perspectiva de Enrico Tullio LIEBMAN e Hugo ALSINA, constitui um “direito subjetivo que consiste no poder de produzir o evento a que está condicionado o efetivo exercício da função jurisdicional” (In: *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 1996, p. 47).

⁷⁰⁰ ALVIM, Arruda. *Tratado de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1, 1990, p. 378.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

pronunciamento estatal útil, capaz de compor o litígio e assegurar a efetividade das normas, independentemente do resultado individual pretendido⁷⁰¹.

5.5. As tutelas de salvaguarda do processo como mecanismos de efetivação do acesso à justiça.

31. Idealizado como instrumento de viabilização da tutela estatal dos direitos e do exercício da função jurisdicional desenvolvida com o objetivo de promover a pacificação social e de assegurar a consecução da efetividade jurídica, social e política dos precedentes e das normas constitucionais e infraconstitucionais⁷⁰², o processo, nos sistemas ocidentais, sagrou-se como mecanismo de realização dos direitos apto para produzir, dentro de um prazo razoável⁷⁰³, o mesmo resultado que seria obtido se a norma de direito substancial fosse espontaneamente cumprida.

A efetividade do processo depende da adequação das técnicas e soluções específicas, previstas no direito processual, às exigências postas como essenciais à concretização do direito material, da natureza do provimento demandado, da duração dos procedimentos e da eventual possibilidade de antecipação da tutela, e do manejo excepcional de medidas de salvaguarda⁷⁰⁴ para impedir que a eventual demora ocasione a inefetividade das normas e a ineficácia da tutela dos direitos⁷⁰⁵.

⁷⁰¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 98.

⁷⁰² Para Cândido Rangel DINAMARCO, o processo, “as suas teorias e a sua técnica têm a sua dignidade e o seu valor dimensionados pela capacidade que tenham, de propiciar a pacificação social, educar para o exercício e respeito aos direitos, garantir as liberdades e servir de canal para a participação democrática”. (In: *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 12).

⁷⁰³ José Roberto dos Santos BEDAQUE pondera que “a eficiência da função jurisdicional do Estado está intimamente relacionada não só com o desenvolvimento concreto do instrumento pelo qual ela opera, mas principalmente pelos resultados obtidos”. Adverte, ainda, que a morosidade ameaça a efetividade, pois prolonga o estado de insatisfação do direito, afastando a necessária identidade entre a tutela jurisdicional e o cumprimento espontâneo do direito. Para evitar que a duração do processual cause dano a quem tem razão o sistema regula a tutela de urgência. É esse, aliás, o fundamento da tutela cautelar em geral. (In: *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 13 e 22).

⁷⁰⁴ José de Moura ROCHA assinala que sempre se conferiu às medidas preventivas o caráter de mecanismos assecuratórios da efetividade do direito perseguido atribuindo-lhes a função de promover “a preservação dos direitos, antes que gozem de garantia efetiva, pela execução proferida em processo contencioso”. Daí porque, quanto maior o lapso temporal para a prestação da tutela, maior a possibilidade de dano à efetividade do direito perscrutado e de manutenção do estado de insatisfação social (In: *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Aide, vol. VIII, 1981, p.11).

⁷⁰⁵ Kazuo WATANABE ao conceber o direito de acesso à justiça como decorrência do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, pondera que ele “não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciais, mas, sim, o acesso à Justiça que propicia a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da Justiça e também o

32. Na perspectiva do acesso ao direito e à justiça, as inconsistências resultantes da morosidade do processo posicionam os questionamentos sobre as tutelas de urgência⁷⁰⁶ e a precariedade da cognição sumária, própria das situações de aparência e dos juízos de probabilidade, como ponto central das indagações sobre a reestruturação e a efetividade do processo⁷⁰⁷.

As tutelas de salvaguarda, na atualidade, são concebidas como instrumentos assecuratórios da eficácia, da utilidade prática do processo e da efetivação provisória ou definitiva dos direitos disputados nos conflitos de interesses. Servem não só para resguardar o direito a um processo útil e eficaz, mas, principalmente, para acautelar a

acesso à ordem jurídica justa.” (Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e não Fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Rio Grande do Sul: AJURIS, nº 66, pp. 161-189, 1996, pp. 161). Luiz Guilherme MARINONI seguindo a mesma diretiva professa que “na realidade, a tutela provisória somente pode ser considerada instrumento da tutela final quando, além de não realizar a missão que se espera ver cumprida por esta última, dirige-se a assegurar a efetividade da tutela final”. (In: *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 131). Para Antônio Carlos de Araújo CINTRA, Ada Pellegrini GRINOVER e Cândido Rangel DINAMARCO, a atividade cautelar “foi preordenada a evitar que o dano oriundo da inobservância do direito fosse agravado pelo inevitável retardamento do remédio jurisdicional (*periculum in mora*). O provimento cautelar funda-se na hipótese de um futuro provimento jurisdicional favorável ao autor (*fumus boni iuris*): verificando-se os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o provimento cautelar opera imediatamente, como instrumento provisório e antecipado para o futuro provimento definitivo, para que este não seja frustrado em seus efeitos”. (In: *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 316).

⁷⁰⁶ José Roberto dos Santos BEDAQUE classifica as medidas assecuratórias em provimentos instrutórios antecipados – aqueles proferidos no bojo do processo de cognição com o intuito de conservação da prova; provimentos destinados a assegurar a efetividade da execução; provimentos interinos que antecipam provisoriamente a sentença de mérito ou do provável resultado, com o objetivo de evitar danos irreparáveis a uma das partes; e, provimentos determinadores da prestação de caução para garantir eventual prejuízo àquele contra quem foi proferida tutela acautelatória. (In: *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 151-152).

⁷⁰⁷ Luiz Guilherme MARINONI assinala que a inefetividade do procedimento ordinário transformou a tutela cautelar em técnica de sumarização e em remédio contra a ineficiência do procedimento ordinário (In: *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 122). Para ele, o processo cautelar, com todo o seu arcabouço cognitivo, não só no Brasil, mas também na França, transformou-se em “técnica de sumarização, e, em última análise, em remédio contra a ineficiência do procedimento ordinário, cuja estrutura (...), de há muito se encontra superada. A utilização indiscriminada da tutela cautelar (...), surge como consequência da superação do procedimento ordinário, e da tendência, daí decorrente, à busca de tutelas sumárias, ou diferenciadas, entendidas estas como aptas à obtenção de uma sentença rápida e capaz de tornar efetivo o direito material (In: *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 17). Demonstra a mesma preocupação no seu artigo: Tutela Cautelar, Tutela Antecipatória Urgente e Tutela Antecipatória, publicado na *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, ao denunciar que “a necessidade de sumarização cognitiva, advinda da busca de uma tutela jurisdicional efetiva em face de situações de perigo de dano iminente, levou à utilização da via cautelar como instrumento destinado à satisfação antecipada da pretensão que só poderia ser veiculada através da ação principal. (Rio Grande do Sul: AJURIS, nº 61, pp. 63-74, 1994, p. 67).

efetividade do direito perseguido ou que se pretende perseguir⁷⁰⁸.

Um dos problemas teóricos que provoca instigantes embates é a existência de previsão em alguns sistemas processuais, sobretudo no Brasil, do direito à tutela sumária antecipatória, concorrente com o direito à tutela cautelar, passível de ser deferida como espécie de tutela de urgência resultante de cognição exauriente⁷⁰⁹.

Inseridas no subsistema de salvaguarda, todas as medidas de natureza interina quer previstas como medidas cautelares⁷¹⁰, quer prescritas em leis extravagantes ou em outros sítios dos Diplomas de Ritos, como providências antecipatórias, destinam-se a proporcionar soluções ágeis que, em circunstâncias especiais, se aperfeiçoem capazes de conter violações ou ameaças de vulneração a direitos e a interesses juridicamente tutelados⁷¹¹.

33. A tutela cautelar integra a jurisdição como um terceiro gênero de tutela que se posiciona entre a cognição e a execução, goza de autonomia e serve de mecanismo para assegurar a utilidade prática do provimento jurisdicional definitivo cuja

⁷⁰⁸ Humberto THEODORO JÚNIOR defende que “as medidas cautelares servem, na verdade, ao processo, e não ao direito da parte. Visam dar eficiência e utilidade ao instrumento que o estado engendrou para solucionar os conflitos de interesse entre os cidadãos”. (In: *Processo Cautelar*. São Paulo: Leud, 1993, p. 61).

⁷⁰⁹ Para José Roberto dos Santos BEDAQUE o aspecto satisfativo da medida antecipatória não constitui óbice à sua natureza cautelar, embora haja certa coincidência entre os efeitos dessa tutela e aqueles inerentes à providência definitiva, a provisoriedade constitui o aspecto distintivo de ambas, sendo certo que “na tutela satisfativa final pretende-se a solução definitiva da controvérsia, bem como que se tornem definitivos os efeitos antecipados provisoriamente, antecipação, essa, destinada apenas a dotar de utilidade o resultado do processo”. (In: *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 287-288, 1998). Professando entendimento contrário, Luiz Guilherme MARINONI sustenta que a tutela cautelar serve exclusivamente para assegurar uma pretensão, o que afasta a possibilidade de acolher as liminares antecipatórias, e as medidas interinais tomadas pelo juízo visando à efetividade do processo, como providências também cautelares, embora todas tenham por pressuposto o “*periculum in mora*”. Na sua perspectiva, ao lado da tutela cautelar apresenta-se outra espécie de tutela urgente, que realiza a pretensão no plano fático mediante cognição sumária da lide, identificada como tutela sumária antecipatória. Esta tutela tem por fim realizar antecipadamente a pretensão, não se destinando, como a tutela cautelar, a assegurar uma pretensão e, pois, a servir a um ‘processo principal’. (In: *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 58, 1992).

⁷¹⁰ José Carlos Barbosa MOREIRA, criticando a terminologia adotada pelo legislador brasileiro, assinala que “o conceito de medida cautelar extravasa-se dos limites do processo cautelar propriamente dito, existindo como de fato existem, medidas cautelares que constituem meros incidentes de processos de conhecimento ou de processos de execução, e até mesmo providências cautelares extraprocessuais.” (In: *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974, p. 232).

⁷¹¹ ROCHA, José de Moura. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Aide, vol. VIII, 1981, p. 14.

antecipação não foi possível quando da proposição da demanda⁷¹².

O caráter preventivo que ostenta revela-se no acautelamento da ofensa a direito e na garantia de realização efetiva de uma pretensão por intermédio de provimentos urgentes, proferidos em procedimentos formalmente sumários, que permitem, apenas, a formação de juízos aparentes de probabilidade, constituídos com base em provas insuscetíveis de proporcionarem cognição exauriente sobre as questões de fundo do litígio, e de verossimilhança, baseados nas afirmações de fato tecidas pelos litigantes indicativas da existência da fumaça de um bom direito.

Em virtude da precariedade desses pressupostos, a tutela acautelatória, de regra, é fungível, porque pode ser concedida de ofício e incorporar medidas diversas das elencadas na legislação; temporária, uma vez que só subsiste enquanto persistir a situação de perigo; provisória, à medida que somente produz efeitos até o advento do provimento jurisdicional proferido no processo principal; e não é passível de produzir coisa julgada material devido à fragilidade da carga declaratória dos seus provimentos⁷¹³.

34. Enquanto mecanismos de viabilização do acesso à justiça, as providências acautelatórias consolidam-se como espécies de prestação jurisdicional diferenciada, materializadas mediante procedimentos e tutelas sumárias típicas e atípicas, que prescindem de cognição sumária exauriente, cuja finalidade é impedir o comprometimento do resultado do processo de conhecimento ou de execução e a utilidade prática dos direitos e princípios que os norteiam, tanto os relativos ao próprio processo como instrumento de efetivação das normas⁷¹⁴, como os substancialmente

⁷¹² O entendimento consolidado é no sentido de que toda tutela cautelar é tutela de urgência, mas nem toda tutela de urgência é cautelar, como, por exemplo, a tutela antecipatória, que faz parte do gênero tutela de urgência, mas não tem natureza cautelar.

⁷¹³ Humberto THEODORO JÚNIOR destaca que a função cautelar é instrumental porque “não se liga à declaração de direito, nem promove a eventual realização dele; e só atende, provisória e emergencialmente, a uma necessidade de segurança, perante uma situação que se impõe como relevante para a futura atuação jurisdicional definitiva”. (In: *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, vol. II, p. 1996, 363).

⁷¹⁴ José Eduardo Carreira ALVIM, debatendo sobre o tema, esclarece que “o princípio da *instrumentalidade* revela que o processo não é fim em si mesmo, mas meio para se alcançar uma finalidade. O princípio da *efetividade* exprime que o processo deve cumprir a sua função de dar a quem tem direito tudo o que esse alguém tem direito de obter (Chiovenda). Se o Poder Judiciário ‘sente’, a doutrina ‘pressente’ o anseio da sociedade, na obtenção de uma nova modalidade de tutela, que não tem cabimento no bojo dos processos de conhecimento, de execução, ou no cautelar *stricto sensu*. Destarte, é dever dos juízes e dos doutrinadores a busca, no ordenamento jurídico, de uma forma mais rápida e eficaz de tutela, sem comprometer, contudo, o ‘devido processo legal’. É nesse sentido que se fala, amiúde, em

perseguidos pelas partes⁷¹⁵.

A tutela cautelar deve ser concebida não apenas como meio de defesa do processo de conhecimento ou de execução, e de segurança passageira dos direitos de quem litiga, mas, especialmente, como instrumento viabilizador da justa composição dos conflitos, da efetividade jurídica, social e política das decisões judiciais e das normas constitucionais e infraconstitucionais nelas declaradas⁷¹⁶.

Proporciona diante da iminência de um dano irreparável ou de difícil reparação a um direito que se apresente qualificado a receber proteção da ordem jurídica⁷¹⁷, a segurança jurídica imediata e efetiva que as fórmulas normais de expressão da tutela jurisdicional são incapazes de oferecer⁷¹⁸.

novas modalidades de tutela jurisdicional”. (Medidas Cautelares Satisfativas. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 132, pp. 23 – 35, 1995, p. 25).

⁷¹⁵ Para José Roberto dos Santos BEDAQUE, as providências assecuratórias encampam as tutelas cautelares e os provimentos antecipatórios, que se identificam “não só pelo escopo comum, mas também pela inexistência da coisa julgada como qualidade inerente ao pronunciamento que os contém”. (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização)*). São Paulo: Malheiros, 1998, p. 24). José Carlos Barbosa MOREIRA pontifica que “nem todas as providências ou medidas cautelares correspondem, na verdade, a procedimentos perfeitamente individualizados. Muitas delas se inserem como simples incidentes no curso de processos de conhecimento ou no de processos de execução, sem necessidade, repito, de que a lei regule expressamente um procedimento individualizado para que tais providências possam ser decretadas”. (In: *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974, p. 231).

⁷¹⁶ José Roberto dos Santos BEDAQUE lembra: “para que o provimento possa ser classificado como cautelar é preciso que sua estrutura legal revele a existência de nexos instrumental necessário e inadaptável entre ele e o provimento final, suficiente para estabelecer a instabilidade do reconhecimento do direito, inidôneo para fixar o regramento definitivo do caso concreto” (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização)*). São Paulo: Malheiros, p. 125, 1998).

⁷¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 63, 1992, expõe que a aparência do bom direito é pressuposto tanto da tutela cautelar como da tutela antecipatória.

⁷¹⁸ José Augusto DELGADO ao tratar do assunto aponta que a morosidade com que os processos normais atingem os seus objetivos, justifica o prestígio do processo cautelar como útil instrumento processual com base no qual é possível se fazer sentir “a coerção exercida pela necessidade de se entregar à parte, mediante sentença judicial, uma estabilidade provisória em relação ao direito discutido e em estado de risco. Essa posição acolhida pela ciência processual decorreu da sensibilidade firmada pelo desenvolvimento das condições dos vários estamentos sociais, de onde afloram desequilíbrios entre litigantes e, conseqüentemente, a necessidade de, mesmo provisoriamente, ser assegurado, por regras firmes ditadas pelo processo, o direito material discutido”. (Eficácia da Medida Cautelar. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 139, pp. 9 – 18, 1995, p. 10). Daí a conclusão professada por José Roberto dos Santos BEDAQUE, no sentido de que tutela cautelar é espécie de tutela sumária provisória destinada não a produzir efeito definitivo, mas apenas a garantir esse resultado. Embora seja precedida de cognição não exauriente, pode, em razão da conformação das partes e da aquisição da qualidade de coisa julgada, resultar na solução definitiva do conflito de interesses, embora represente em suma, a exemplo dos demais provimentos acautelatórios, um juízo de mera verossimilhança, de probabilidade. Assevera que “à providência destinada a satisfazer antecipadamente, não para solucionar o litígio, mas para assegurar que essa solução possa correr de forma útil e eficaz, não se pode negar o caráter acautelatório, ainda que provisoriamente satisfativo. A característica essencial dessa espécie de tutela jurisdicional está na sua inaptidão para representar a solução definitiva para o

Devido ao seu caráter autônomo, em determinadas circunstâncias, pode concretizar-se como instrumento de satisfação da pretensão de direito material formulada, servindo à resolução de controvérsias independente da sua vinculação à propositura de qualquer processo futuro⁷¹⁹.

35. No plano da função jurisdicional de salvaguarda, as medidas liminares consolidam-se como forma mais explícita de manifestação da tutela acautelatória e garantia de concretização dos direitos no instante inicial de uma contenda, sobretudo, quando aplicada antes de instaurar-se o contraditório, em virtude do evidente risco de perecimento do direito material perseguido, ou da imperiosa necessidade de resguardar a utilidade da jurisdição ou do direito de defender-se previamente.

Tem-se por liminar toda medida aplicada antes de triangularizada a relação jurídico-processual, que antecipe, total ou parcialmente, de forma transitória, e sob condição resolutiva, a efetivação do direito reclamado, ou materialize medida de cunho assecuratório propensa a garantir a utilidade prática do processo⁷²⁰.

As liminares nos pleitos acautelatórios e nos de natureza diversa diferenciam-se, apenas, no tocante a diversidade de requisitos para a sua aplicação. Sua admissibilidade nos pedidos não cautelares requer a caracterização da necessidade de antecipação da eficácia do direito, em razão da probabilidade de risco decorrente da demora do

litígio. Com ela, satisfaz-se faticamente, mas apenas para garantir a efetividade da satisfação jurídica. São cautelares, portanto, não apenas as conservativas, mas também aquelas destinadas a regular provisoriamente o conflito, antecipando eventuais efeitos concretos da tutela final” (In: *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 112, 117-118). Sectário da distinção entre tutela cautelar e antecipatória, Luiz Guilherme MARINONI admite que a tutela cautelar, condimentada pelo requisito da temporariedade, conecta-se à situação de perigo, podendo desaparecer com o trânsito em julgado da sentença condenatória, ou até mesmo sem que a tutela definitiva tenha sido prestada, em razão do esvaimento do perigo, “o mesmo não ocorre, senão raras vezes, com a tutela sumária antecipatória, que é provisória, e aguarda a tutela exauriente tão somente em razão da cognição que lhe é peculiar”. (In: *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 63).

⁷¹⁹ MACHADO, Agapito. Ação Cautelar Inominada – Autonomia da Cautelar – ‘Fumus Boni Juris’ e ‘Periculum in Mora’ – Ônus Sucumbenciais – Dependência da Ação Principal. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 92, 1991, pp.75–80.

⁷²⁰ Para Francisco Barros DIAS, não há dúvida da “natureza acautelatória que se encontra revestida a liminar, seja no processo cautelar, seja no de conhecimento quando autorizado por lei (...) seja, afinal, no mandado de segurança, pois estão presentes como forma consolidadora desse posicionamento as características de instrumentalidade, provisoriedade, revogabilidade e autonomia” (In: *Inconstitucionalidade das Normas Impeditivas de Liminares*. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 90, pp. 57 – 70, 1991, p. 64).

provimento final, ou a configuração dos pressupostos arrolados na norma específica⁷²¹. Incorporam alto grau de satisfatividade quando propiciam a antecipação da eficácia do provimento pleiteado e proporcionam, ainda que temporariamente, a efetivação do direito objeto da pretensão final⁷²².

Satisfativas ou não, as medidas acautelatórias determinadas em provimentos liminares, em ações cautelares e nos pleitos de antecipação de tutela devem guardar harmonia e congruência com a ordem constitucional e refletir rigorosa e criteriosa ponderação das peculiaridades e dos pressupostos específicos de cada uma, com vista à positivação da extrema necessidade de impor uma exata restrição ao direito do demandado, de modo a provocar-lhe o menor prejuízo possível⁷²³.

36. Para além da admissibilidade das providências cautelares satisfativas⁷²⁴ e não-satisfativas⁷²⁵, a processualística contemporânea, arrimada nos princípios da

⁷²¹ Sebastião Pereira de SOUZA leciona que o provimento cautelar, quando preparatório, configura providência efêmera mesmo que provoque a constrição de direitos (Medidas Liminares. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 99, pp. 57 – 87, 1992, p. 83).

⁷²² Kazuo WATANABE sustenta que a existência de satisfatividade nos provimentos cautelares, manejados para satisfazer a uma pretensão específica, ainda que diga respeito não só a causa de pedir remota, mas também, e principalmente, ao próprio direito substancial de cautela afirmado, não permite declaratividade com carga suficiente para receber a autoridade de coisa julgada. (In: *Da Cognição no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 104-105, 1987). Luiz Guilherme MARINONI destaca a existência de uma tutela que não satisfaz por antecipação, nem exerce função assecurativa, porque possui “uma estrutura onde se verifica a antecipação de parte dos efeitos da sentença do processo principal”, em virtude do que a denomina como provimento interinal, que, segundo ele, “situa-se numa zona cinzenta e nebulosa entre a tutela cautelar e a tutela sumária antecipatória”. Professa que na tutela cautelar “também pode existir antecipação de parte dos efeitos da sentença do processo principal, mas na tutela antecipatória interinal prescinde-se do perigo de dano que sempre acompanha a tutela cautelar” (In: *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 101-103, 1992). Teori Albino ZAVASCKI defende que as medidas liminares satisfativas irreversíveis “não apenas limitam, mas comprometem, de modo definitivo, o direito constitucional do demandado ao devido processo legal. Uma vez concedida medida desta natureza, nenhuma potencialidade de eficácia remanescerá à futura sentença, já que a liminar consumou, de fato, a vitória antecipada do demandante. Portanto, em princípio, as liminares satisfativas irreversíveis não se compatibilizam com o ordenamento constitucional. Sua concessão somente poderia ser legitimada em hipóteses absolutamente extraordinárias, quando verificado, concretamente, a iminência de, sem liminar, perecer outro direito constitucional considerado, nas circunstâncias, mais privilegiado” (Restrições à Concessão de Liminares. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 125, pp. 67 – 81, 1994, p. 74).

⁷²³ Abdar da Costa SALLES defende que o Magistrado, mesmo entendendo conter a peça vestibular os pressupostos para a concessão da medida *initio litis*, deve ponderar a possibilidade de exigência de contracautela a fim de compensar prejuízos suportados pelo demandado, caso a decisão final lhe seja favorável. (A Liminar no Procedimento Cautelar Atípico. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 115, pp. 21 – 26, 1993).

⁷²⁴ Luiz Guilherme MARINONI professa que a prestação jurisdicional satisfativa não definitiva e sumária nada tem a ver com a tutela cautelar uma vez que esta visa, unicamente, resguardar a realização de uma pretensão (In: *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 79).

⁷²⁵ Athos Gusmão CARNEIRO tratando-as como medidas cautelares “*stricto sensu*” diz que elas necessariamente são incorporadas ao processo principal ou perdem eficácia após a decisão final (Aspectos

efetividade e da instrumentalidade, tem acolhido a possibilidade de concessão de provimentos acautelatórios no curso do processo sem a necessidade de instauração preparatória ou incidental de outro processo de natureza cautelar, desde que não se conceda “ao interessado mais do que aquilo que se puder obter com a ação”⁷²⁶.

Com exceção das medidas que podem ser adotadas de ofício ou pleiteadas incidentalmente e no bojo de outros processos de rito específico, a tutela cautelar depende de provocação do interessado no provimento acautelatório, o qual deverá demonstrar ter legitimidade e interesse para formulá-lo, e que o pedido deduzido é juridicamente possível.

É necessário comprovar a existência de perigo de dano iminente e irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*), e a aparência de um bom direito (*fumus boni juris*), porque o que legitima a tutela urgente de cognição sumária é a ligação de uma situação de aparência com outra de perigo indicativa da sua necessidade⁷²⁷.

37. O direito perseguido por intermédio de uma providência cautelar é distinto daquele que informa os demais tipos de processo. Em virtude da natureza assecuratória e provisória do provimento demandado, prescinde de certeza quanto ao direito cuja proteção se pede, a sua aplicação se aperfeiçoa no âmbito de procedimento sumário, onde não se admite exame aprofundado de provas, incumbindo a quem postula demonstrar apenas uma aparência relevante do direito alegado.

A fumaça do bom direito consiste, portanto, na revelação razoável de existência

da Antecipação de Tutela – CPC, art. 273. In: *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Rio Grande do Sul: AJURIS, nº 73, pp. 7-13, 1998, p. 7).

⁷²⁶ Na perspectiva de José Augusto DELGADO, é na pretensão deduzida na ação principal que a tutela acautelatória encontra seu limite (Ação Declaratória e Medida Cautelar, In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 27, pp. 25 – 29, 1984, p.29). Para José Roberto dos Santos BEDAQUE, ainda que “possam seus efeitos confundir-se com aqueles produzidos pela tutela satisfativa, isso nas hipóteses em que a cautelar os antecipa provisoriamente, o objeto dessa modalidade de tutela jurisdicional é assegurar a efetividade de outra. Não tem ela um fim em si mesma, pois não é suficiente para eliminar definitivamente a crise verificada no plano das relações materiais. O pronunciamento de natureza cautelar existe em função de assegurar a efetividade do resultado definitivo. Onde houver cautelar haverá, necessariamente, outra tutela” (In: *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 133).

⁷²⁷ Antônio Ernani Cacique de NEW-YORK defende que a expressão *fumus boni juris* deve ser válida, não “com o sentido que até então lhe é emprestado, mas para indicar que o processo cautelar deve ser admitido, com amplitude, ainda que tênue microscópico seja o direito de quem o requer, nebulosa a controvérsia, caóticas as situações delineadas. É esse o sentido do *fumus boni juris*, um direito ainda esfumante, impalpável, amorfo, mas com o potencial de adquirir forma, consistência. O *fumus boni juris* não é somente uma questão visual, mas olfativa: juiz também sente o cheiro do bom direito, daí poder dizer-se é também odor *boni juris*. (Apontamentos sobre o Processo Cautelar. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 86, pp. 63 – 72, 1991, p. 66).

de um direito subjetivo favorável a quem postula. Em outras palavras, a aplicação da providência acautelatória demanda, tão-só, a comprovação de que a existência do direito se evidencia provável ou verossímil⁷²⁸.

A comprovação objetiva da iminência de materialização de dano irreparável ou de difícil reparação, capaz de inutilizar futuro provimento jurisdicional a ser proferido pelas vias ordinárias, também constitui requisito de procedibilidade dos pleitos acautelatórios⁷²⁹. A demonstração plausível do risco de perigo deve relacionar-se, indireta ou diretamente, com a efetividade da tutela jurisdicional, a duração do processo, e com o direito subjetivo em questão.

A concessão de providência cautelar não exige a demonstração inequívoca do direito⁷³⁰ que se pretende proteger e do perigo de dano alegado. A viabilidade da medida pleiteada aquilata-se, apenas, pela ponderação da plausibilidade da ocorrência dessas situações e que elas ostentam potencial para obstar a utilidade prática do processo e a efetivação dos direitos em questão⁷³¹.

38. A tutela antecipatória, por sua vez, se aplica tanto para evitar um dano irreparável ou de difícil reparação, quanto para distribuir o ônus do tempo do processo entre os litigantes, segundo ponderação da plausibilidade do direito afirmado pelas

⁷²⁸ Ao delinear que o juízo de verossimilhança ou de probabilidade diz respeito à existência do direito e não ao perigo de dano, José Roberto dos Santos BEDAQUE explica que “a tutela cautelar está fundada em juízo hipotético sobre o direito afirmado e, portanto, sobre o conteúdo da futura providência jurisdicional. Não há juízo de certeza quanto a esse conteúdo, o que somente ocorrerá após a cognição plena. Verifica-se na mera probabilidade do direito afirmado a denominada instrumentalidade hipotética da tutela cautelar, que assegura a eficácia prática do provimento principal, antecipando alguns de seus efeitos concretos” (In: *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 174).

⁷²⁹ Para José Carlos Barbosa MOREIRA o perigo de lesão irremediável decorre na maioria das vezes, do prolongamento da atividade processual no tempo (In: *Estudos Sobre o Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Liber Juris, 1974, p. 238).

⁷³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 62.

⁷³¹ José Roberto dos Santos BEDAQUE pontifica que “a identificação da reparabilidade ou não do dano constitui critério para o julgador avaliar a conveniência em conceder a cautelar, pois permite-lhe compará-la com o prejuízo a ser causado à parte contrária. Em casos de cautelares satisfativas principalmente, que implicam antecipação de efeitos concernentes ao próprio direito postulado, deve o juiz examinar com bastante cuidado o cabimento da medida, pois a garantia constitucional da cautelar não autoriza o entendimento de que a solução urgente deva prevalecer a qualquer custo, podendo até mesmo importar prejuízo irreparável para o réu”. (In: *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 165).

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

partes, a partir de um juízo de verossimilhança⁷³² não necessariamente atrelado à fumaça do bom direito e ao perigo da demora próprios do processo cautelar⁷³³.

O cotejo dos requisitos da plausibilidade do direito alegado e da verossimilhança dos fatos deduzidos é atrelado ao exame da reversibilidade da medida pretendida e da probabilidade de concretização de dano irreversível ao demandado, de modo a permitir a exigência de garantias quando a possibilidade de prejuízo irreversível ao direito improvável do réu não possa ser confrontada com a necessidade de proteção do direito provável do postulante.

A ponderação do comportamento do demandado ao exercer o direito de contrariar a pretensão contra si formulada, também constitui elemento determinante no exame da viabilidade da antecipação dos efeitos da tutela.

Os sistemas constitucionais da atualidade incorporaram o princípio da boa-fé como máxima que deve presidir e informar a prática dos atos processuais e as relações entre as partes no processo. A deslealdade processual quando praticada pelo demandado no âmbito de uma lide calcada no direito civil, além de configurar abuso do direito de defesa, vulnera a atividade estatal de distribuir a justiça, prejudicando a prestação de uma tutela jurisdicional célere e efetiva⁷³⁴.

⁷³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 124.

⁷³³ Para Kazuo WATANABE o juízo de verossimilhança ou de probabilidade incorpora graus variados, desde o fundado em prova inequívoca capaz de convencer o bastante sem deixar espaço para divergências, até o assentado no simples *fumus boni iuris*. (Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Rio Grande do Sul: AJURIS, n. 66, pp. 161-189, 1996, p. 174). O exigido para a concessão da tutela antecipada se perfaz com a demonstração da probabilidade da existência e certeza do direito invocado (CALAMANDREI, Piero. *Verità e Verosimiglianza nel Civile*. In: *Rivista di Diritto Provenzuale*. Padova: CEDAM, v. X, Parte I, 1955). Por prova inequívoca entende-se “aquela que apresenta um grau de convencimento tal, que, a seu respeito, não possa ser oposta qualquer dúvida razoável; ou, em outros termos, aquela prova cuja autenticidade ou veracidade seja provável” (ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela Antecipada na Reforma Processual*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 59). A estruturação do juízo de verossimilhança deve ser alicerçada, não só na inequivocidade da prova produzida, mas, inclusive, na ponderação do valor do bem jurídico ameaçado, da dificuldade da parte autora para provar o alegado, do grau de credibilidade das alegações e da urgência apontada (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1997, p.133, 1999).

⁷³⁴ Segundo José Eduardo Carreira ALVIM, “haverá abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu sempre que a jurisprudência se firmar em determinado sentido, nas Cortes Superiores de Justiça, mormente através de orientação sumulada, e o demandado insista em negar, através de contestações estereotipadas (mimeografadas, micrografadas, xerocopiadas, etc.), o direito do autor, com o único propósito de retardar a prolação da sentença de mérito. Doravante, em tais casos, o processo deixa de servir à parte que *não tem razão* (no caso, o réu), pondo-se a serviço do verdadeiro titular do direito (no caso, o autor), ao possibilitar-lhe a obtenção da tutela jurisdicional, por antecipação. Cumpre-se, assim, o *princípio diretivo*, segundo o qual a duração do processo não deve resultar em prejuízo do autor que tem razão. Parafraseando Giacomo Oberto, haverá abuso no exercício da defesa, sempre que faltar

5.6. A eficiência do processo como pressuposto de acessibilidade à justiça.

39. A plenitude do acesso à justiça é tributária da garantia da satisfação total dos interesses legitimamente postulados. Não basta assegurar o direito de demandar, é necessário que o titular de uma situação substancial amparada pela norma obtenha resultados efetivos e justos⁷³⁵.

O poder ou faculdade de provocar a atuação jurisdicional a partir de uma dada situação conflituosa é uma das formas de expressão dos efeitos da normatização do acesso ao direito e à justiça, que se materializa no direito de ação e com esse *status* é alçado a categoria de prerrogativa fundamental, cujo conteúdo e moldura atrelam-se às demais garantias constitucionais que o habilitam a adquirir efetividade e conferem ao titular de direitos o privilégio de manipular todos os meios necessários para obtenção de um pronunciamento jurisdicional sobre a questão litigiosa, como resultado de um processo justo, equitativo e efetivo.

A prestação jurisdicional deve materializar-se como expressão da tutela efetiva de direitos e de situações juridicamente respaldadas, perpetrada por órgãos de jurisdição, segundo a moldura estabelecida pela legislação. O caráter fundamental do processo enquanto via de concretização do acesso à justiça não decorre apenas do manejo da ação processual ou de direito material, ou mesmo do provimento jurisdicional decorrente, mas do resultando da tutela jurisdicional declaratória, condenatória, constitutiva, acautelatória, mandamental ou executória efetivamente materializada, e concretizada de forma imperativa e soberana.

Acesso e legitimidade da tutela jurisdicional são interligados e orientados pelas garantias inerentes ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa e à paridade de armas, que possibilitam a acessibilidade à ordem jurídica e aos métodos e

uma séria contestação”. (A Antecipação da Tutela na Reforma Processual. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 135, 1995, pp. 10-31).

⁷³⁵ Para desenvolvimento aprofundado do tema, conferir: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do Processo e técnica processual. In: *Temas de Direito Processual: Terceira Série*. São Paulo: Saraiva, 1997; CAMPOS, Paulo Cerqueira. A preclusividade de poderes do juiz como uma das formas de se conferir efetividade ao atual processo civil brasileiro. In: *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, n. 25, p. 255-289, 1996; ROSAS, Roberto. Efetividade e Instrumentalidade. Estruturação processual: caminho de uma reforma. In: *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. Rio de Janeiro: OAB - Conselho Federal, n. 63, pp. 71-84, jun./dez. 1996; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. In: *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*. Uberlândia: EDUFU, n.º 22. pp. 257-270, 1993; e, DINAMARCO, Cândido Rangel. Técnica e Efetividade do Processo. In: *Revista Synthesis – Direito do Trabalho Material e Processual*, n.º 4, 1987.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

mecanismos oficiais de solução de controvérsias previamente institucionalizados, independentemente da natureza dos órgãos que os desenvolvam⁷³⁶.

40. Para que o processo, como instrumento diferenciado de viabilização da tutela jurisdicional efetiva, possa servir de pressuposto para a satisfatória concretização dos direitos é necessário que o pretense titular do direito ameaçado ou violado tenha acesso a um procedimento eficiente e apto para produzir tutela eficaz dos seus direitos.

Não é a abstrata previsão de direitos que determina a eficácia do ordenamento jurídico, mas a efetiva tutela dos seus conteúdos, circunstância que faz do processo o único meio Estatal idôneo para assegurar a concretização do ordenamento jurídico material em conformidade com as necessidades sociais⁷³⁷.

A idoneidade dos meios idealizados para a efetivação dos direitos constitui um dos fatores de maior relevância para a ponderação do nível de acessibilidade à proteção jurídica, designadamente, porque, em muitas ocasiões, as técnicas idealizadas pelo legislador ou se tornam obsoletas pela falta de atualização normativa, ou surgem desprovidas de aptidão para proporcionarem tutela jurisdicional célere e eficaz do ponto de vista prático. A técnica processual deve ser adequada e consentânea com a natureza do direito substancial ou adjetivo cuja tutela ou intangibilidade é perseguida.

41. Para se conferir ao processo o atributo de instrumento efetivo de acesso à justiça e ao direito não é suficiente garantir o exercício do poder/faculdade de provocar a atuação jurisdicional, é imperioso que seja assegurada a eficiência e o regular funcionamento do aparato judicial e extrajudicial disponibilizado para dirimir e compor conflitos, e o aprimoramento dos meios de conhecimento e compreensão das normas.

Como instrumento de justiça material direcionado para resultados externos, o processo deve se materializar perfeitamente adequado aos fins a que se propõe daí a

⁷³⁶ José Roberto dos Santos BEDAQUE ao examinar as relações entre direito material e processual, assevera que a tutela jurisdicional ou garantia jurisdicional das normas jurídicas representa os vários meios que o Estado utiliza para reagir contra a não observância do direito, e será tão mais efetiva quanto mais se aproximar da solução espontânea do conflito. Pondera: “quem tem direito à tutela jurisdicional deve receber exatamente aquilo que receberia se houvesse acatamento voluntário da regra material. Como somente recebe a tutela jurisdicional aquele que, no plano do direito material tem razão, as várias espécies de tutela devem corresponder às soluções adequadas para repor o titular do direito subjetivo ao estado em que se encontra antes da lesão, da ameaça ou da crise de certeza” (*Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 48).

⁷³⁷ O processo (*rectius*: o modo procedimental em que se articula a tutela jurisdicional), portanto, através da atividade da parte (exercício da ação) e do juiz (exercício da jurisdição), possibilita ao titular da situação de vantagem obter o resultado (ou, se isto é impossível, o resultado equivalente) que deveria obter através da cooperação espontânea da parte demandada. (PISANI, Andrea Proto. I rapporti fra Diritto sostanziale e Processo. In: *Appunto sulla Giustizia Civile*, Bari: Cacucci, 1982, p. 43).

necessidade de que se apresente compatível com os anseios que permeiam o plano substancial, e suficientemente apto para viabilizar a proteção/tutela dos novos direitos emergentes da evolução social.

A concretização dos seus princípios deve sempre nortear-se pela busca de uma tutela jurisdicional expedita a fim de atribuir-lhes conteúdos que possibilitem soluções céleres, econômicas e eficazes, e confirmam ao processo elasticidade suficiente para adaptar os procedimentos às exigências e particularidades de cada demanda, de modo a que o provimento jurisdicional alcançado se aperfeiçoe o menos oneroso e o mais rápido e útil possível.

42. Não basta a previsão de tutela jurisdicional diferenciada, é imprescindível que o processo se aperfeiçoe capaz de proporcionar a total proteção ao direito substancial e que o seu resultado seja individual e socialmente útil, apto para possibilitar aos titulares dos direitos, em cada situação concreta, o acesso à ordem jurídica justa e os efeitos desejados no plano material⁷³⁸.

O nível de adequação dos procedimentos às especificidades das tutelas demandadas e de enquadramento das situações concretamente lamentadas à moldura normativa que as disciplina, estará sempre vinculado ao direito ou faculdade de perseguir a proteção jurídica em determinada situação concreta respaldada numa regra substancial⁷³⁹.

Sagrado como principal mecanismo posto à disposição dos titulares de interesses juridicamente protegidos para perseguirem a tutela oficial dos seus direitos, e instrumento imprescindível à efetivação jurisdicional das regras e princípios que integram os ordenamentos jurídicos nacionais e supranacionais, o processo civil de nossos dias tem se confrontado com os desafios resultantes dos novos paradigmas de litigiosidade e das aspirações das sociedades contemporâneas no sentido de disponibilizarem acesso a vias dinâmicas de tutela jurídica, capazes de oferecerem

⁷³⁸ Para Luigi Paolo COMOGLIO “o direito fundamental do indivíduo a um processo equo e justo não se cristaliza nem se exaure em garantia singular, mas se baseia na necessária coordenação das garantias concorrentes” (Tradução livre). (I modelli di garanzia costituzionale del processo. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, vol. 45, n° 3, pp. 673-742, Set./1991, p. 687).

⁷³⁹ Sustenta José Carlos MOREIRA ALVES que “de nada adianta o direito material, sem direito formal, de nada adianta um poder, sem um meio pelo qual esse poder se exercite, realmente, na sua plenitude. E de nada adianta a lei atribuir abstratamente poderes, sem que seja possível ao próprio Estado ensinar a atuação concreta dessa lei, no caso que se apresenta diante dele, em que alguém a está infringindo concretamente” (Direito subjetivo, pretensão e ação. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 47, pp.109-123, p. 122, jul-set. 1987).

respostas eficientes e rápidas, consentâneas com a velocidade das metamorfoses sociais e econômicas de um mundo globalizado.

43. O generalizado clamor “contra a pouca eficiência da justiça oficial para solucionar a contento os litígios que lhe são submetidos” ⁷⁴⁰ tem acarretado grande esforço dos legisladores e operadores do direito para aprimorar os sistemas processuais e melhor aparelhar os órgãos responsáveis pela prestação da tutela jurisdicional ⁷⁴¹.

Em nossos dias, a ineficiência da prestação jurisdicional civil ⁷⁴², para além das questões estruturais, está relacionada com o problema da duração do processo e da deficiente distribuição do tempo na marcha processual, resultante da falta de sincronia entre as normas procedimentais e a operacionalidade administrativa do processo ⁷⁴³.

⁷⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da Reforma das Leis Processuais. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, ano IV, nº 36, Porto Alegre: Síntese, pp. 19-37, Jul./Ago. 2005, p. 19. Neste mesmo artigo, referindo-se à análise de Roger Perrot sobre o descompasso entre as inovações no processo civil e a eficácia dos serviços judiciários, assinala que, na perspectiva do processualista francesa, atualmente, “a angústia da sociedade diante da demora da prestação jurisdicional tornou-se mais intensa, não só pelo estímulo constitucional de acesso à justiça (direito cívico valorizado pelas constituições de todo o mundo civilizado), mas também e principalmente sobre a nova qualidade dos litígios. Hoje as demandas não se restringem, como outrora, ao direito de propriedade e de sucessão (questões que naturalmente exigiam ou toleravam processos lentos e complexos). O que hoje predomina no foro são as questões de massa e de interesses imediatos da pessoa, como as derivadas do direito de família, de locação, de indenização e pensionamentos por ato ilícito, as provocadas pelas relações de consumo, cuja solução não pode demorar” (p.27).

⁷⁴¹ A experiência jurídica demonstra que simples alterações legislativas são insuficientes para combater a crônica ineficiência dos serviços judiciários, cujas causas ultrapassam o mero esquema procedimental, da mesma forma que inovações processuais desacompanhadas de reformas orgânicas nas estruturas responsáveis pela prestação da tutela jurisdicional, em qualquer cenário, revelam-se potencialmente inefetivas.

⁷⁴² Arruda ALVIM identifica como setores de estrangulamento do processo civil, o problema (i) das custas judiciais, enquanto podem significar óbice de acesso à justiça, (ii) do aparelhamento das Cortes menores, ou, no caso do Brasil, dos Juizados de Pequenas Causas e os Especiais, destinadas à absorção de contingentes imensos, (iii) da incapacidade ou da inabilitação das partes, do ponto de vista de não lograr se defender (acionar [ativamente] ou defender-se [passivamente], se acionada), (iv) da definição dos interesses difusos ou coletivos a fim de viabilizar que interesses e direitos com nova configuração e fisionomia possam ser defendidos utilmente, (v) da conflituosidade da sociedade contemporânea, porque, sendo muito mais intensa, está a exigir a idealização de outros meios de solução para muitíssimos dos conflitos, tais como a intervenção de leigos, com vistas à obtenção incentivada de transação. (Anotações sobre as Perplexidades e os Caminhos do Processo Civil Contemporâneo - Sua Evolução ao Lado da do Direito Material. In: *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, ano IX, nº 56, Porto Alegre: Síntese, pp. 37-56, Nov./Dez., 2008, p.38).

⁷⁴³ Humberto THEODORO JÚNIOR adverte que “as leis têm de traçar procedimentos simples, claros, ágeis. Mas, para fazê-los operar, não pode a Justiça depender apenas do gênio individual de cada juiz ou auxiliar. É necessário que a organização dos serviços da Justiça se faça segundo os preceitos técnicos da ciência da administração e com o emprego dos meios e recursos tecnológicos disponíveis” (Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da Reforma das Leis Processuais. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, ano IV, nº 36, Porto Alegre: Síntese, pp. 19-37, Jul./Ago. 2005, p. 37).

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

O novo modelo de processo civil que vem sendo construído tem por base o abandono da fisionomia individualista e a atribuição ao intérprete/aplicador de um papel de condutor (pro) ativo do processo, que o autoriza a determinar a produção de provas a fim de conhecer dos fatos e formar o seu convencimento sobre a verdade dos argumentos deduzidos pelos litigantes.

Enquanto gestor do processo, ao órgão jurisdicional é dado velar pela observância dos requisitos que lhe conferem validade e regularidade, assegurando aos litigantes e eventuais intervenientes, paridade de tratamento e de oportunidades em consonância com a especificidade dos bens e direitos tutelados.

6. Os obstáculos ao acesso ao direito e à justiça e as possíveis vias de superação.

1. O exame dos sistemas jurídicos do ocidente demonstra que quanto maior o elenco de direitos fundamentais e garantias processuais constitucionalizados ou positivados, mais ampla será a eficiência do sistema e maiores serão as vias de acesso aos mecanismos de efetivação concreta dos direitos.

A expressão acesso à justiça tem servido para especificar duas finalidades fundamentais desses ordenamentos, além de incorporar a obrigação estatal de viabilizar instrumentos para as pessoas reivindicarem os seus direitos, consolida o dever constitucional de fornecer aos cidadãos meios hábeis de resolução das suas contendas mediante a intervenção estatal provocada por vias equitativamente acessíveis a todos e aptas para produzirem resultados individual e socialmente justos.

A concepção de justiça que o informa e qualifica como direito fundamental não decorre apenas das regras recepcionadas pelo sistema e das reconhecidas pela sociedade, nem se enquadra como mero produto da convicção de quem a aplica, mas congrega um sentido amplo que associa os princípios da maior liberdade e da equitativa igualdade de oportunidades ao princípio da diferença⁷⁴⁴.

6.1. Inconsistências na concretização doméstica do direito de acesso à justiça.

2. Atualmente, o discurso sobre a acessibilidade deslocou-se para a órbita constitucional em virtude das implicações políticas e ideológicas que tem deflagrado, e da sagração da construção neoconstitucionalista, segundo a qual os textos

⁷⁴⁴ Paulo Cesar Santos BEZERRA afirma que, nesse contexto, o acesso ao direito e à justiça somente pode ser concretizado com relação a direitos primários e necessários, sob pena de desestruturação do sistema e ineficiência da máquina judiciária. Aponta que a experiência brasileira na viabilização da ampla acessibilidade tem se materializado com (i) a criação de juizados especiais e de conciliação prévia onde o direito é manuseado como mecanismos de educação social, estimulando a solução pacífica dos conflitos; (ii) a instalação das justiças itinerantes com o objetivo de aproximar os aparelhos judiciais da população possibilitando a composição dos litígios no estrato social de origem; (iii) a duvidosa massificação e descomplicação da justiça trabalhista a partir do princípio protetivo do obreiro, muitas vezes em detrimento do real sentido do princípio isonômico; (iv) a ampliação da gratuidade judiciária, da assistência jurídica integral e gratuita, e das defensorias públicas; (v) o aumento dos casos de permissão do exercício do *jus postulandi* sem a necessidade de intermediação de advogado; (vi) o incremento das hipóteses de ajuizamento das ações coletivas que permitem a reunião em apenas um processo de inúmeras demandas; e, (vii) o incentivo à busca de meios extrajudiciais de resolução dos conflitos. (In: *Acesso à Justiça: Um problema ético-social no plano da realização do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 155).

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

constitucionais, além de declararem e definirem direitos, devem garantir a efetivação das prerrogativas fundamentais e viabilizar a plena acessibilidade aos mecanismos hábeis para realizá-los no plano individual e social.

Nessa conjuntura, o processo é orientado por uma função política (e social) que o evidencia como instrumento constitucional de garantia do acesso ao direito e à tutela jurisdicional socialmente justa. Enquanto meio de pacificação social orientado pelos novos paradigmas políticos, econômicos e sociais determinados pela noção de solidariedade, serve de instrumento para realização do direito objetivo, de garantia das liberdades e de harmonização das forças antagônicas que permeiam a convivência societária.

O debate sobre o conteúdo e o significado do enunciado normativo que positiva o direito de acesso à justiça, nesse contexto, tende a destacar as barreiras evidenciadas no desenvolvimento do processo, ainda que tais obstáculos decorram de problemas de ordem econômica, social, política, ideológica e cultural.

3. A sua concretização seja pela via jurisdicional (processual), seja pela extrajudicial (extraprocessual), produz custos para os litigantes e depende, principalmente, de como se aperfeiçoam os processos de produção, interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Dentre os diversos fatores que concorrem para a conformação de situações que impedem a sua efetivação, sobressaem os obstáculos de natureza econômica relacionados com a miserabilidade das pessoas, os entraves de ordem organizacional decorrentes da inadequação das estruturas judiciais para responderem de forma efetiva às novas demandas, principalmente as fundadas em interesses coletivos ou difusos, e as limitações de índole processual resultantes da ineficácia dos instrumentos processuais concebidos para aparelharem a tutela dos direitos.

A resolução dos conflitos é dispendiosa na maioria dos sistemas jurídicos, as despesas para manter estruturas judiciais complexas e suprir os encargos de cada processo, incluindo os honorários advocatícios suportados pelas partes, quando não deferida a gratuidade da justiça, aliados à possibilidade de depreciação patrimonial dos

bens perseguidos e de inutilidade da tutela deferida, constituem condicionantes que influenciam decisivamente na promoção do acesso à justiça⁷⁴⁵.

Aqui, o problema da admissão em juízo também é condicionado pela capacidade que as partes ostentam para suportar os efeitos das dilações processuais, e pela superioridade estratégica que um litigante demonstre possuir com relação ao adversário permitindo-lhe auferir vantagens processuais em detrimento do mesmo.

Existem litigantes cujas condições financeiras os autorizaram frequentar melhores escolas ou centros de excelência profissional, habilitando-os a perceberem um direito juridicamente exigível, a suportarem as delongas processuais e a contratarem advogados mais preparados e capazes de manipular com agilidade os debates e a instrução em seu favor.

Essas circunstâncias pessoais, o colocam numa posição processual bem mais favorável frente àquele que não teve condições de aprimorar o seu conhecimento e que, além de se deparar com a barreira psicológica decorrente da incerteza quanto ao sucesso das suas pretensões, da crescente desconfiança nos advogados e do receio de se deparar com um mundo que lhe parece opressor, ao qual pertencem atores e estruturas intimidadoras, carece de condições materiais para arcar com os dispêndios de uma assistência jurídica especializada que sirva de elo seguro entre o seu interesse de estar em juízo e a sua convicção no sucesso da pretensão.

4. Para além do custo econômico, o processo comporta alto custo social, que tem a ver com o desconforto que a contingência do conflito judicializado acarreta na harmonia social e na órbita dos interesses individuais, com o descrédito do valor justiça que os entraves e imperfeições dos procedimentos produzem⁷⁴⁶, e com a elitização dos

⁷⁴⁵ De regra, ao Estado incumbe arcar com os dispêndios necessários para o funcionamento da máquina judicial e os decorrentes da formação de um quadro de pessoal devidamente qualificado, ao passo que as partes devem suportar com as custas e despesas processuais e pagar honorários advocatícios de acordo com a distribuição do ônus da sucumbência. Os altos custos para os litigantes, notadamente, no que diz respeito aos honorários advocatícios e de auxiliares da justiça, seja por inviabilizarem o ajuizamento das causas por quem não tenha condições de suportá-los, especialmente, nos locais onde inexista assistência judiciária gratuita ou a sua disponibilização se revele deficiente; seja por desestimularem a movimentação da aparelhagem judicial em razão da relação custo benefício subjacente ao litígio, designadamente, nas denominadas ‘pequenas causas’ em que o benefício econômico almejado é superado pelo valor das despesas processuais, ainda constituem, em nossos dias, um dos mais relevantes fatores de obstrução do acesso à proteção judiciária.

⁷⁴⁶ Entre esses aspectos destacam-se as contingências próprias do recurso aos meios extrajudiciais de composição dos conflitos e a dificuldade na identificação dos instrumentos e das condições necessárias para o aprimoramento de ritos capazes de viabilizarem prestação jurisdicional apta a possibilitar a justa e rápida preservação e realização dos direitos subjetivos.

meios de acesso aos mecanismos de tutela dos direitos como forma de perpetuar a retroalimentação das desigualdades e preconceitos patrocinados pela lógica capitalista⁷⁴⁷.

Concomitante com estas questões, as dificuldades na defesa dos interesses coletivos, transindividuais, difusos e homogêneos, não necessariamente relacionados com a incapacidade financeira dos sujeitos de direitos, também têm a ver com a problemática do acesso ao direito e à justiça.

Esses direitos, conquanto demandem tutela específica, ritos especializados, atos processuais dispendiosos e advogados dotados de conhecimentos especializados, não produzem efeitos patrimoniais atrativos devido à natureza dos interesses a que remetem, e, de regra, somente atingem a órbita individual de forma transversa ou consequencial.

É igualmente problemática para a promoção do acesso ao direito e à justiça, a sacralização do sistema judiciário como estrutura distanciada das determinantes sociais e políticas, e imunizada contra influências valorativas não enquadráveis na moldura ideológica que justifica a sua competência para dizer o direito.

Contextualizados dessa forma, os órgãos responsáveis pela prestação da tutela jurisdicional, ainda que atuem com o objetivo de garantir a efetividade dos direitos e de impedir a sua violação, são visualizados como aparelhos de perpetuação (reprodução e manutenção) das relações de domínio, comprometidos com a má distribuição da justiça⁷⁴⁸.

5. A quebra desse paradigma depende da remodelagem da atividade jurisdicional de modo a viabilizar a capacitação dos operadores do direito para uma atuação socialmente comprometida com uma percepção o mais global possível das transformações sociais.

⁷⁴⁷ A hipervalorização da via judicial em detrimento dos mecanismos extrajudiciais de composição dos conflitos, por privilegiar apenas parte da sociedade, produz um alto custo social, desnuda as barreiras que afastam a maior parte da sociedade do sistema estatal de proteção jurídica, aumenta o descrédito nas instituições judiciárias, bloqueia a revelação das condicionantes econômicas, sociais e culturais do processo de socialização dos direitos, e possibilita a formação de guetos no interior da estrutura judiciária fragilizando os laços de solidariedade que orientam a constituição social e que devem servir de fundamento primordial do direito.

⁷⁴⁸ O modelo tradicional consolidado no Ocidente apresenta cunho eminentemente dogmático e lógico-formal fincado no equilíbrio harmonioso entre os poderes e na imparcialidade (e neutralidade) do judiciário, privilegia a lei produzida pelo Estado para conter a litigiosidade, com base numa razão abstrata e atemporal, revelando-a como principal fonte do direito e mecanismo de racionalização das interações sociais, posicionando o julgador como mero aplicador ou executor do sistema normativo em vigor.

A conscientização do operador do direito sobre as contingências sociais e históricas que afetam os choques de interesses levados a julgamento exige o desenvolvimento de capacidade argumentativa que o habilite a inovar na apreciação das causas, posicionar-se no sentido de conferir efetividade real às normas a partir da atribuição de peso ao conjunto de valores e bens preponderantes no seu tempo, e colocar-se em sintonia com os sentimentos e aspirações sociais que orientam a eticidade da sua comunidade.

Essas medidas somente se aperfeiçoam em contextos onde seja possível a estabilização de uma visão crítica e discursiva do ordenamento jurídico, e a edificação de órgãos judiciais suficientemente criativos para reduzirem as desigualdades entre os cidadãos e promoverem o acesso diferenciado ao direito e à justiça.

Para além desses pressupostos, a atuação jurisdicional proativa demanda, ainda, a estruturação de órgãos auxiliares independentes e aptos para atuarem na defesa constitucional da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis difusos e homogêneos; a instituição de Advocacias ou Defensorias Públicas habilitadas para prestarem assistência jurídica e judiciária gratuitas; e a constante harmonização das normas e precedentes às mutações sociais e aos preceitos e princípios recepcionados pelo ordenamento⁷⁴⁹.

As reformas encetadas nos diversos sistemas com o objetivo de alcançar esse nível de excelência no desempenho da atividade jurisdicional incorporam medidas focadas na melhoria do aparato físico e funcional dos serviços judiciários, na reorganização das competências, na racionalização dos recursos, no reenquadramento da atividade judicial como fenômeno passível de ser disciplinado conforme padrões econômicos e gerido segundo técnicas de gestão antes manejadas no âmbito da iniciativa privada, e na mudança da legislação processual a fim de desburocratizar os ritos, simplificar as vias de admissão em juízo e expandir os legitimados para demandarem a tutela jurisdicional, sobretudo, quando os direitos em questão forem qualificados como coletivos, transindividuais, difusos e homogêneos.

⁷⁴⁹ A incerteza normativa e a inflação regulamentar próprias das situações de inadequação das regras à realidade vivenciada no seu espaço de incidência, e a consagração de uma perspectiva estática do direito que o enquadre numa moldura formalista, pretensamente completa, perfeita e desprovida de lacunas e contradições, de modo a circunscrever a atividade dos intérprete/aplicador à mera função conservadora do ordenamento normativo instituído, também constituem complicadores à acessibilidade a uma ordem jurídica justa.

6.2. Modelos idealizados para superar as limitações ao acesso ao direito e à justiça no plano doméstico.

6. No ocidente, o debate instaurado com o objetivo de assinalar as contingências na efetivação do direito de acesso à justiça, desde meados do século passado, tem congregado esforços de vários juristas, com destaque para Mauro CAPPELLETTI, no sentido de sugerir o desenvolvimento de práticas com a finalidade de demover as limitações identificadas e apontar vias capazes de viabilizar a plena concretização do acesso ao direito e à justiça em todas as suas acepções.

A teoria do acesso à justiça, por ele professada com o objetivo de orientar a concretização dos demais princípios fundamentais, no âmbito civil, tem servido para justificar o movimento de socialização do processo civil e de reconfiguração dos sistemas processuais para capacitá-los a instrumentalizarem prestação jurisdicional igualitária, efetiva e tempestiva, blindada contra as desigualdades extraprocessuais.

7. A ênfase aos problemas de natureza econômica provocou o surgimento, no alvorecer do século XX, da primeira onda de acessibilidade com destaque para a promoção da assistência jurídica aos mais necessitados numa época em que o direito de acesso à justiça era concebido como sinônimo de direito de acionar o Poder Judiciário para a defesa de interesses individuais⁷⁵⁰.

A promoção da assistência judiciária gratuita ou a preços módicos, especialmente para os pobres, figura como uma das primeiras experiências propaladas, e teve por objetivo reduzir a flagrante contradição entre o tradicional conceito de acesso efetivo e a inadequação dos sistemas de prestação de assistência postos em prática.

Os modelos inicialmente utilizados tiveram por foco o combate aos óbices de natureza econômica e voltavam-se, sobretudo, àqueles que careciam de condições financeiras para constituir advogados e suportar as demais despesas decorrentes da provocação e movimentação da máquina judiciária.

⁷⁵⁰ Para maior imersão no assunto, conferir: MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro do nosso tempo. In: *Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD*. Rio de Janeiro: UERJ, v. 1, n. 1, p. 167-168, 1992; FIX-ZAMUDIO, Héctor. Lenitud y onerosidad procesales. In: *Latinoamerica: constitución, proceso y derechos humanos*. México: Miguel Angel Porrúa, pp. 261-272, 1988; GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. A assistência judiciária pública no contexto dos direitos humanos. In: *Revista de Estudos Jurídicos*. São Luiz: CEUMA, p. 122-138, 1997; e, NERI, Reto Gomes. Assistência jurídica aos carentes no Brasil. In: *Revista Consulex*. Brasília: Editora Consulex, ano II, nº 22, p. 66, Out./1998.

Optou-se, primeiramente, por sistemas fundados no *munus honorificum* geridos pelas próprias Ordens dos Advogados, os quais se revelaram deficitários, em virtude da falta de motivação econômica e do despreparo dos profissionais. O *munus* costumava recair em profissionais despreparados, inexperientes e não dedicados, que não estavam obrigados a desenvolver atividade consultiva⁷⁵¹. Essas deficiências provocaram o surgimento de sistemas públicos de assistência jurídica organizados e subvencionados pelos Estados.

Na Alemanha, a lei de 18 de dezembro de 1919 previa a restituição aos advogados das despesas suportadas no curso do processo, mas o direito à percepção de honorários pelos cofres públicos, observado o limite legal, somente foi reconhecido em 1939. Sistema semelhante foi adotado na Inglaterra, em 1949, sob a denominação *Legal Aid and Advice Scheme*, com base no qual o jurisdicionado sem recursos financeiros podia escolher qualquer advogado de uma lista de causídicos que se habilitassem para prestar serviços judiciários, incluindo o aconselhamento jurídico perante certos Tribunais.

8. Nos Estados Unidos da América, o impulso verificou-se em 1965 com a instituição das ações do *Office of Economic Opportunity* e a adoção dos sistemas estatais *judicare* e *salaried staff lawyers*, que encampava advogados públicos e particulares remunerados pelo Estado, possibilitava a prestação dos serviços jurídicos por escritórios situados nas proximidades dos domicílios dos assistidos, e estendia a tutela jurídica aos direitos coletivos.

Esse modelo, utilizado posteriormente pela Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha, conquanto tenha possibilitado aos litigantes de renda reduzida o patrocínio por advogados melhor subvencionados, o que os tornava mais diligentes, não incorporava a assistência pela via da orientação jurídica, no sentido de sufragar as barreiras culturais e econômicas que os distanciavam das classes mais esclarecidas.

Outro paradigma bastante comum consistiu na instituição de uma carreira de advogados remunerados pelos cofres públicos incumbidos de prestarem assistência jurídica aos menos favorecidos. Nesse paradigma, a dedicação exclusiva ao atendimento e patrocínio dos menos favorecidos possibilitou o maior engajamento e

⁷⁵¹ Na Itália, o Decreto Real de dezembro de 1923 estabeleceu que o patrocínio da causa aos pobres constituía dever honorífico e obrigatório dos advogados.

comprometimento dos profissionais, viabilizou a superação dos problemas decorrentes da desinformação, e impulsionou a tutela jurídica dos interesses difusos, especialmente, daqueles evidenciados pela situação de miserabilidade⁷⁵².

9. A esse modelo foram lançadas várias reservas, além da censura ao assistencialismo embutido na fórmula a possibilitar sua manipulação com fins meramente políticos, é criticado por excluir do rol dos beneficiados as pessoas jurídicas e aqueles que, embora pertençam à classe média, em razão do valor ou da natureza da causa, eventualmente ostentem condições para arcar com os custos do processo⁷⁵³.

A despeito das inovações adotadas nos diversos sistemas jurídicos do ocidente, a experiência tem demonstrado que a manutenção de um corpo de advogados públicos aptos para atenderem a todos os necessitados que apresentem problemas jurídicos continua a ser tarefa de difícil concretização.

10. O acesso igualitário ao direito e à justiça requer o aparelhamento das estruturas judiciais com defensores ou advogados públicos qualificados, em número suficiente para proporcionar a defesa dos interesses dos hipossuficientes; a eficiência dos mecanismos disponibilizados para tutela dos interesses, incluindo as vias conciliatórias e os meios informais ou de menor rigor formal; e a sagração do processo como instrumento célere, seguro e eficaz de composição de conflitos⁷⁵⁴.

Na maioria dos sistemas jurídicos ocidentais, a concessão da assistência judiciária resulta na dispensa do pagamento das custas processuais e na isenção de taxas. Em alguns ordenamentos, independente do deferimento do benefício da gratuidade do acesso, nas causas de pequeno valor tais verbas não são cobradas, ou

⁷⁵² O aperfeiçoamento desse modelo impulsionou a procura pela tutela estatal e consolidou, a partir do manejo dos novos direitos de caráter difuso, transindividual e homogêneo, a possibilidade do ajuizamento de ações coletivas com o objetivo de tutelar jurisdicional de interesses de classes, protagonizados por grupos sociais, independente da posição econômica dos seus integrantes. É o modelo atualmente consolidado no Brasil.

⁷⁵³ O binômio centro-periferia é reproduzido num sentido de maior inclusão por maior exclusão, em outras palavras, valoriza-se o fosso entre ricos e pobres (fracos e poderosos) com o objetivo de perpetuar na periferia os hipossuficientes conferindo-lhes direitos e procedimentos próprios e adequados às suas condições econômicas. Nesse contexto, a “grande tarefa dos reformadores do acesso à justiça é, portanto, preservar os tribunais ao mesmo tempo em que afeiçoam uma área especial do sistema judiciário que deverá alcançar esses indivíduos, atrair suas demandas e desfrutar das vantagens que a legislação substantiva recente vem tentando conferir-lhes” (CAPPELLETTI, Mauro, e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris, 1999, p.92).

⁷⁵⁴ PIMENTEL, Alexandre Freire. Súmula vinculante nº 05 do STF. Princípios Constitucionais e a Defesa Técnica no Processo Disciplinar contra Magistrado: Uma garantia de acesso à justiça. In: GOMES NETO. José Mário Wanderley (Coord.). *Dimensões do Acesso à Justiça*. Salvador: Juspodivm, Coleção Temas de Processo Civil, pp. 11-40, 2008.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

somente são exigidas na hipótese de a parte vencida em primeira instância não tiver o seu recurso à instância superior provido, como se verifica nos procedimentos dos juizados especiais cíveis aplicados no Brasil.

11. Nesse cenário, a defesa dos interesses coletivos posicionou-se ao lado da garantia da assistência jurídica como mecanismo de concretização do acesso efetivo ao direito e à justiça.

A promoção da tutela dos interesses transindividuais não necessariamente vinculados aos das classes menos favorecidas provocou a requalificação do processo, tradicionalmente visto como mecanismo de solução de controvérsias sobre interesses individuais, como instrumento igualmente apto para servir à composição de contendas que versem sobre direitos que pertencem a uma classe, ao público em geral ou a uma parcela dos cidadãos.

Impulsionou, também, a adoção de reformas na estrutura teórica do direito processual civil clássico com o objetivo não só de atribuir-lhe uma finalidade social, mas de aprimorar a disciplina sobre a competência, a legitimação ativa, os procedimentos, a atuação dos julgadores, a citação dos interessados na demanda e os efeitos da coisa julgada.

Tanto nos países que adotam o sistema continental, como nos adeptos da *common law*, as instituições tradicionalmente incumbidas da proteção de tais interesses têm encontrado obstáculos para promovê-la. Para além das deficiências do aparato funcional, a multiplicação e especialização de novos direitos requer a criação de estruturas complexas e a qualificação técnica em áreas não jurídicas como mecanismos de tutela.

A instituição de Agências Reguladoras e Departamentos governamentais específicos, como a *Environmental Protection Agency* nos Estados Unidos da América, o *Ombudsman* para questões de direito do consumidor, na Suécia, a *Director General Protection Agency*, na Inglaterra, aparece como alternativa para superação dessas deficiências. Contudo, a atuação desses organismos, de regra, tem se revelado limitada não só por questões de ordem técnica e estrutural, mas, especialmente, devido à influência política e à pressão dos grandes grupos econômicos.

12. No plano processual constituem medidas eficazes para efetivação da defesa desses interesses, a legitimação extraordinária dos cidadãos para a propositura de ações

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

coletivas de natureza especial, e o reconhecimento da legitimidade supletiva das associações, sindicatos, partidos políticos e instituições não governamentais.

Dentre outras providências adotadas, destacam-se, ainda, o fortalecimento, a subvenção e a organização de associações ou grupos privados capacitados para substituírem as ações governamentais em defesa dos direitos coletivos; a instituição de ‘assessorias públicas’ independentes focadas na orientação e criação de grupos habilitados para reivindicarem administrativa e judicialmente direitos de natureza transindividual; e a criação de ações específicas para a tutela de direitos difusos e coletivos.

A esse último conjunto pertencem as *Class actions*, regulamentadas pela Federal Equity Rule 38, de 1938, nos Estados Unidos da América, a *Popularklage*, no Estado da Bavária, as *Verbandsklagen*, ajuizadas por associações na Alemanha e na Áustria, as ações populares e as ações civis públicas, no Brasil, e as ações de interesse público propostas por representantes de classes de interessados, geralmente versando sobre direitos dos consumidores e direitos ambientais.

A atribuição do efeito *erga omnes* ou *secundum eventum litis* à coisa julgada consolidada em litígios de natureza coletiva, e a teorização da possibilidade de extensão dos seus efeitos aos conflitos análogos⁷⁵⁵, igualmente sagraram-se como mecanismos de proteção dos interesses difusos e passaram a integrar o extenso programa de compatibilização do processo com as necessidades do mundo contemporâneo a fim de atribuir à tutela jurisdicional coletiva maior efetividade.

6.3. A reformatação modernizadora dos sistemas nacionais de tutela dos direitos.

13. A despeito das reformas perpetradas nas ordens jurídico-processuais do ocidente com o objetivo de dotar os sistemas nacionais de prestação de tutela jurisdicional de mecanismos diferenciados de admissão e composição dos litígios, a

⁷⁵⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública: Instrumentos de participação na tutela do bem comum. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, e WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 207.

maioria das demandas civis continuou a ser captada por sistemas jurisdicionais ainda atrelados a modelos tradicionais e formalistas de composição de conflitos⁷⁵⁶.

A modernização dos órgãos responsáveis pela prestação da tutela jurisdicional de forma a suplantar a neutralidade judicial, no cômputo geral das medidas necessárias à superação dos óbices ao acesso ao direito e à justiça e à tutela jurisdicional célere e efetiva, tem congregado providências focadas na requalificação do Judiciário como espaço de equalização das desigualdades sociais e econômicas, e na simplificação e diferenciação dos ritos processuais⁷⁵⁷.

Incorpora medidas de reestruturação dos tribunais e de racionalização dos serviços judiciais, por intermédio da especialização e compartilhamento das competências, da abertura da estrutura jurisdicional aos leigos, da priorização da composição amigável dos litígios, e da criação de Juizados mais acessíveis, nos quais pessoas comuns possam reivindicar diretamente, sem a intermediação de advogados, a tutela dos seus direitos, mesmo em face de litigantes mais organizados e de maior poder econômico.

14. Os entraves encontrados para promoção de reformas processuais e estruturais têm justificado o recurso aos juízos arbitrais⁷⁵⁸, aos meios de conciliação e mediação e a incentivos ou punições de natureza pecuniária, como métodos alternativos de composição dos conflitos⁷⁵⁹, mormente, nas causas de pequenas monta⁷⁶⁰.

⁷⁵⁶ A concepção de acesso eficaz está relacionada com a de eficiência do judiciário, conceito atrelado à noção de prestação jurisdicional célere que, por sua vez, está vinculada à ideia de eficácia e utilidade da tutela concedida, que aparece ligada ao cotejo do tempo decorrido entre a postulação e efetivação da resposta estatal, ou seja, entre a iniciativa de quem postula e a plena realização do direito afirmado no provimento judicial.

⁷⁵⁷ A adoção de procedimentos diferenciados e adequados às situações concretamente postas constitui, na atualidade, um dos mecanismos hábeis para otimização da tutela jurisdicional que possibilita resultados mais eficientes, maior agilidade e rapidez na resposta às demandas e melhor espaço para dilação probatória. A qualificação da tutela jurisdicional enquanto mecanismo de viabilização do acesso requer a adequação procedimental às questões de direito material suscitadas com vista à maior eficiência dos instrumentos disponibilizados. Em qualquer cenário, o procedimento deve ser apto para proporcionar uma tutela jurisdicional eficaz, no sentido de realizar o direito discutido.

⁷⁵⁸ Marcado pela moderada informalidade, o juízo arbitral, embora, em tese, encerre procedimentos relativamente econômicos e céleres, pode constituir óbice ao acesso, à medida que as decisões proferidas pelos árbitros, não necessariamente detentores de formação jurídica, são vinculativas e não se sujeitam a um sistema recursal efetivo, além de não possibilitarem o controle eficiente sobre a exigência de honorários pelos árbitros.

⁷⁵⁹ Na maioria dos sistemas jurídicos da atualidade, os meios consensuais de resolução dos litígios são utilizados com regularidade por apresentarem maior aceitabilidade do que os mecanismos que proporcionam decisões proferidas unilateralmente por autoridades equidistantes. As mais variadas formas de persuasão das partes a procurarem a via conciliatória em todas as fases do processo, inclusive antes da

Para além da reduzida oferta de oportunidades para tentativa de composição amigável, o recurso aos meios conciliatórios é contingenciado pela fragilidade dos métodos de dissuasão dos litigantes, pela falta de disposição das partes para transacionar sobre relações futuras, pelo despreparo dos conciliadores ao sugerirem soluções antes que as partes debatam exaustivamente sobre as discrepâncias entre os seus interesses.

15. O recurso às inovações tecnológicas, notadamente, à rede mundial de computadores, com vista à virtualização dos processos e à prática de atos processuais, em diversos países, tem constituído uma opção frutífera para desobstruir o acesso ao direito e à justiça⁷⁶¹.

instauração do litígio, são manejadas com destacada frequência a fim de desobstruir a estrutura jurisdicional oficial.

⁷⁶⁰ A opção por vias alternativas de contenção dos conflitos, fundadas na conveniência estatal de bloquear o crescimento da demanda e o inchaço dos tribunais, não tem sido visualizada como solução favorável à efetividade do acesso à tutela jurisdicional, nomeadamente, em virtude da sua potencialidade para beneficiar a parte economicamente mais forte e obstruir os caminhos legítimos postos à disposição dos cidadãos para demandarem a tutela regular dos seus direitos.

⁷⁶¹ Para análise mais aprofundada do fenómeno da virtualização do processo no âmbito europeu, conferir: ARAÚJO, Fernando. Lógica Jurídica e Informática Jurídica. Da Axiomatização Deontica às Estruturas Não-Monotônicas do Raciocínio Rebatível. In: *Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. I, pp. 7-70, 1999; ASENSIO, Pedro Alberto de Miguel. Regulación de la Firma Electrónica: Balance e Perspectiva. In: *Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra Editora, vol.V, pp. 115-143, 2004; BALLARINO, Tito. Internet Nel Mondo Della Lege. In: *Appendice le Norme Uncitral sul Commercio e Sulla Firma Elettronica, La Legge Tedesca su Internet, La Storia di Intenet, Glossario di Internet*. Verona: CEDAM, 1998 (Tratando da evolução tecnológica e da importância do uso da internet no plano internacional, da disciplina supranacional das telecomunicações, da natureza e desenvolvimento do ciberespaço, da tipologia dos meios de comunicação virtuais, dos requisitos para a utilização de documentos digitais e dos limites à sua aplicação na esfera jurídica); BLUME, Peter. Acces to Electronic Legal Information. In: *Law and Computers – Selected Papers from the 4th International Congress of the Italian Corte Suprema de Cassazione*. Milano: Dott. A. Giufrè, Vol. I – Legal Informatics, pp. 29-40, 1998 (Sobre o direito à informação legal); CORREIA, Miguel Pupo. Assinatura Electrónica e Certificação Digital. In: *Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. VI, pp. 277-317, 2006; COOL, Yorick. Signature Électronique et Signature Manuscrite: Soeurs Ennemies ou Soeurs Jumelles. In: *Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit: Droit des Thecnologies de L'Information – Regards Prospectifs*. Bruxelles: Bruylant, n° 16, pp. 66-87, 1999 (Examinando a utilidade das novas tecnologias no desenvolvimento do direito e a necessidade do estabelecimento de assinaturas eletrônicas para validação da prova); ELMÍ, Giancarlo Taddei. Informatics and Philosophy of Law. In: *Law and Computers – Selected Papers from the 4th International Congress of the Italian Corte Suprema de Cassazione*. Milano: Dott. A. Giufrè, Vol. I – Legal Informatics, pp. 701-763, 1998; KEEL, Robert G., e ROSATO, Anthony J. Law and Computers in Civil Proceedings – The Common Law Perspective. In: *Law and Computers – Selected Papers from the 4th International Congress of the Italian Corte Suprema de Cassazione*. Milano: Dott. A. Giufrè, Vol. II – Judicial and Administrative Informatics Computer Law, pp. 837-879, 1998; LA BROSSE, Renaud de. La Démocratisation D'Internet. Perceptions des Enjeux et des Risques Associés au 'Fossé Numérique' Mondial. In: *Collection Médias, Sociétés et Relations Internationales: La Société de L'Information entre Mythes et Réalités*. Bruxelles: Bruylant, pp. 265-276, 2005; e, LEFEBVRE, Axel, e MONTERO, Etienne. Informatique et Droit: Vers une Subversion de L'Orde Juridique. In: *Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit: Droit des Thecnologies de L'Information – Regards Prospectifs*. Bruxelles: Bruylant, pp. III-XIX, 1999 (Referindo-se a existência de uma ótica microjurídica que tem causado fascínio e provocado uma releitura do direito,

A virtualização dos instrumentos de tutela jurisdicional dos direito tem provocado o reexame da teoria geral do processo a fim de adaptar os institutos basilares do direito processual (jurisdição, ação, processo e procedimento) aos mecanismos eletrônicos como via de torná-la o mais eficiente possível⁷⁶².

A quebra do paradigma presencial alicerçado no procedimentalismo e na materialização dos pronunciamentos e provas em autos palpáveis, tem provocado a incorporação de novos conceitos ao direito processual, possibilitado o alargamento dos pressupostos modeladores da legitimação para o processo (capacidade de estar em juízo), e viabilizado a certificação digital de documentos e a criação de mecanismos tecnologicamente apropriados, eficientes e seguros de assinatura eletrônica com o objetivo de permitir a realização e comunicação de atos processuais pelas vias telemáticas⁷⁶³.

em oposição à visão macrojurídica que identifica um movimento vertical do direito marcado pela sua internacionalização, e outro horizontal caracterizado pela procedimentalização da ordem jurídica).

⁷⁶² Alexandre Freire PIMENTEL defende a necessidade de uma reengenharia da concepção do fenômeno processual em razão do advento do processo telemático, a fim de possibilitar uma nova teoria geral do processo e do direito processual civil. (In: *Principiologia Juscibernética. Processo telemático. Uma nova teoria geral do processo e do direito processual civil*. Tese de Doutorado. Recife: Mimeo – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, 2003).

⁷⁶³ A resistência à virtualização dos procedimentos decorre não só dos embates principiológicos resultantes das transformações inerentes aos efeitos da opção pelo novo paradigma, mas, também, da incerteza quanto a segurança dos meios eletrônicos. Ao contrário do que se verifica no processo tradicional, onde a adulteração é passível de ser combatida e constatada por métodos e técnicas diversificados, o modelo eletrônico requer a adoção de mecanismos específicos de certificação e assinatura digitais para a constatação de irregularidades documentais, bem como meios apropriados para garantir a integridade das transmissões eletrônicas cuja operacionalização exige a relativização de corolários afetos à publicidade e ao sigilo. Ainda sobre a virtualização do processo, conferir: MENDES, Armindo Ribeiro. Medidas Judiciais na Internet. In: *Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. V, pp. 251-282, 2004; MONTEIRO, Jorge Sinde. Assinatura Eletrônica e Certificação. In: *Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. III, pp. 109-129, 2002; NAGEL, Stuart S. Computer-Aided Law Decisions. In: *Law and Computers – Selected Papers from the 4th International Congress of the Italian Corte Suprema de Cassazione*. Milano: Dott. A. Giufrè, Vol. I – Legal Informatics, pp. 667-699, 1998; PEREIRA, Joel Timóteo Ramos. *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação: Notas Práticas, Legislação, Jurisprudência*. Lisboa: Quid Juris, 2004; SILVA, Júlio Reis (Org.). *Direito da Informática: Legislação e Deontologia*. Lisboa: Cosmos, 1994; SOUSA, Miguel Teixeira de. Miguel Teixeira de. O Valor Probatório dos Documentos Eletrônicos. In: *Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. II, pp.171-201, 2001; STAMBER, Ronald e, BACKHOUSE, James. Experts Systems – Lawyers Beware. In: *Law and Computers – Selected Papers from the 4th International Congress of the Italian Corte Suprema de Cassazione*. Milano: Dott. A. Giufrè, Vol. I – Legal Informatics, pp. 465-491, 1998; VASCONCELOS, Diogo. Democracia Electrónica. In: *Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. VI, pp. 229-236, 2006; VERGARI, James V. Repercussions of Computer Technology on United States Law and Lawyers. In: *Law and Computers – Selected Papers from the 4th International Congress of the Italian Corte Suprema de Cassazione*. Milano: Dott. A. Giufrè, Vol. II – Judicial and Administrative Informatics Computer Law, pp. 977-1042, 1998; WARUSFEL, Bertrand. La Liberté D’expression et ses Limites dans la ‘Société de L’Information’. L’Exemple de L’espionnage Électronique. In: *Collection Médias, Sociétés et Relations Internationales: La Société de L’Information entre Mythes et Réalités*. Bruxelles: Bruylant, pp. 276-414,

O desenvolvimento de políticas públicas centradas na qualificação, manutenção e incremento das tecnologias da informação tem servido de justificação para a adoção de medidas focadas na harmonização do direito processual, com a perspectiva de prestação jurisdicional em ambientes informatizados, e na superação das dificuldades decorrentes da impossibilidade de fixar barreiras geofísicas no mundo virtual ao cumprimento das normas jurídicas e decisões judiciais, e de manter os hipossuficientes na atual dinâmica do exercício do poder como principal objeto de proteção no âmbito da justiça⁷⁶⁴.

Apesar dos evidentes benefícios que o emprego dos meios informatizados e eletrônicos traz para o processo, a impossibilidade de garantir o pleno acesso da

2005; HUET, J. e MAISL, H. *Droit de l'informatique et des télécommunications*. Paris: LITEC, 1989; HUBIN, J., POULLET, Y et al. La sécurité informatique, entre technique et droit. In: *Cahiers du Centre de Recherche Informatique et Droit*. Bruxelles: Bruylant, n° 14, 1998; GIORGETTI, Mariacarla. Le nuove norme sulle comunicazioni e notificazioni. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, anno LX (Seconda Serie) – n° 3, pp. 701-730, Luglio-Settembre 2005 (Examina o aumento do emprego das formas de transmissão telemática e informática dos atos e decisões, e as novas formas de comunicação e notificação dos atos judiciais); PATTI, Salvatore. L'Efficacia probatoria del documento informatico. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, anno LV (Seconda Serie) – n° 1, pp. 60-92, Gennaio-Marzo 2000 (Defendendo a equiparação do documento informático ao escrito privado, e a eficácia probatória e validação temporal do documento com firma digital); BIGOS, Oren. Jurisdiction over cross-border wrongs in the internet. In: *International & Comparative Law Quarterly*. Oxford: Oxford University Press, vol. 54, part 3, pp. 585-619, July 2005; PISANI, Mario. Rogatorie internazionali e videoconferenze. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, anno LVII (Seconda Serie) – n° 4, pp. 981 – 995, Ottobre-Dicembre 2002 (Comentando a Convenção da EU de 29 de maio de 2000 que modifica o critério *locus regit actum* e permite a realização de atos processuais por videoconferência); STAMPER, Ronald e BACKHOUSE, James. Experts Systems – Lowyers Beware. In: *Law and Computers – Select papers from the 4th International Congress of the Italian Corte Suprema di Cassazione*. Milano: Giuffrè, vol. I – Legal Informatics, pp. 465-491, 1988 (Sustentando a possibilidade de um sistema virtual e informatizado - data processing - habilitado a prestar a tutela jurisdicional automática sem intervenção pessoal do julgador); MARTINO, A. A. e NATALI, Succi. *Automated analysis of legal texts: Logic informatic and law*. Amsterdam: North Holland, 1986; NIBLETT, B. *Computer Science and Law*. Cambridge: Cambridge University Press. 1980; LOPES, J. de Seabra. A Informática Jurídica em Portugal. In: *O Direito*. Lisboa: Juridireito, ano 121, v. I, pp. 117- 128, 1989; PINTOS, Guillermo Díaz. En favor de un derecho fundamental de Acceso a la Red. In: *Persona y Derecho*. Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, n° 45, pp. 323-337, 2001; CABRAL, Manuel Villaverde. Teoria Crítica & informationcritique (Comentário crítico à conferência de Scott Lash). In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, n° 54, pp. 31-37, Junho de 1999; COSTA, Francisco Bruto da. Tribunais e Tecnologia. In: *V Congresso de Juízes Portugueses – O Poder Judicial na Viragem do Século: Realidade ou Ficção*. Viseu: Associação Sindical dos Juízes Portugueses, 1997; LASH, Scott. Crítica da Informação. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, n° 54, pp. 13-29, Junho de 1999; e, LOUÇÃ, Francisco. Até que ponto uma teoria deve ser informativa para permanecer uma crítica da teoria. Comentário ao Texto “Crítica da Informação”, de Scott Lash. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, n° 54, pp. 39-43, Junho de 1999.

⁷⁶⁴ Se a piedade jurídica entronizada no último século como dever moral irrenunciável, de um lado, serviu para mascarar casuísmos e o aprofundamento do fosso entre os incluídos e excluídos, de outro, revelou que o acesso à justiça não pode lastrear-se em caridade praticada pela elite, mas em prerrogativa constitucionalmente assegurada.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

população a essas vias, acaba por obstar a admissão de uma densa massa de excluídos, posicionados à margem da ‘sociedade da informação’, aos meios oficiais de tutela dos direitos⁷⁶⁵.

16. No Brasil, conquanto a virtualização do processo tenha sido incorporada, implicitamente, no ‘Pacote Republicano’ de reformas infraconstitucionais do sistema processual como forma de garantir a celeridade e a razoável duração dos procedimentos, segundo redação dada ao inciso LXXVII do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, o manuseio da informática como mecanismo facilitador da prestação jurisdicional somente foi deflagrado a partir da década de 1990, com a utilização do sistema BBS⁷⁶⁶ para possibilitar a consulta de processos em determinados tribunais.

A Lei nº 8245/91 disciplinou, pela primeira vez, a utilização de meio eletrônico para a prática de ato processual, o seu artigo 58 permitiu que nas ações de despejo, de consignação em pagamento de aluguel e acessórios da locação, revisionais de aluguel e renovatórias de locação, quando expressamente previsto no contrato, as citações, intimações ou notificações de pessoas jurídicas ou firmas individuais fossem efetivadas mediante telex ou fac-símile.

Em 1999 foi editada a Lei nº 9.800, denominada Lei do Fax, que possibilitou a apresentação de petições e arrazoados por intermédio do fac-símile, mas manteve a exigência da juntada dos originais no prazo de cinco dias, sob a sanção de desentranhamento da peça processual.

Inovação mais radical observou-se na Lei nº 10.259/2001 que implantou os Juizados Especiais Federais e admitiu a prática de atos processuais por meio eletrônico. No mesmo ano editou-se a Medida Provisória 2.200/2001 que instituiu a infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP - Brasil), com o objetivo de garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica dos documentos produzidos de forma eletrônica, das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais.

Com o advento da Lei nº 11.280/2006 foi inserido o parágrafo único no artigo 154, do Código de Processo Civil, para atribuir competência aos Tribunais, no âmbito

⁷⁶⁵ Cf.: PIMENTEL, Alexandre Freire. *O Direito Cibernético e o Problema da Aplicação da Tecnologia à Experiência Jurídica: Um enfoque lógico-aplicativo*. Dissertação de Doutorado. Recife: Mimeo – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, 1997.

⁷⁶⁶ Bulletin Board System – Meio informático (software) que permite a conexão por telefone a um sistema por intermédio de computador permitindo a interação com ele.

das respectivas jurisdições, para disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, resguardados os requisitos da autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP – Brasil).

Por intermédio da Lei 11.341/2006 foi implantado o Parágrafo Único ao artigo 541, do Código de Processo Civil, a fim de permitir que a prova de dissídio jurisprudencial suscitado em sede de recurso possa ser feita pela mera citação do repositório de jurisprudência oficial ou credenciada, bem como mediante o uso de mídia eletrônica, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na internet com indicação da respectiva fonte.

Vigora no processo de execução o sistema Bacen-Jud⁷⁶⁷ pelo qual o juiz, mediante comandos simples, pode penhorar diretamente na conta do executado a quantia perseguida pelo exequente. Há quem entenda que este sistema é inconstitucional por configurar, em derradeira análise, sequestro de ativo financeiro⁷⁶⁸, tese que não tem sido chancelada pela jurisprudência⁷⁶⁹.

Atualmente, a regulamentação do processo eletrônico ou virtual encontra-se consolidada na Lei 11.419/2006, cujo teor, além de estabelecer as regras básicas para a criação de um sistema de comunicação eletrônica de atos processuais, prevê expressamente a formação de autos digitais, alterando, substancialmente algumas normas do Código de Processo Civil⁷⁷⁰.

⁷⁶⁷ Trata-se de mecanismo desenvolvido por técnicos do Banco Central do Brasil para agilizar o cumprimento, com segurança e economia, das ordens judiciais encaminhadas aos bancos. O magistrado, pela internet, usando senha criptografada, solicita à Instituição, em tempo real, informações bancárias do executado e determina o bloqueio ou desbloqueio de contas, sem que haja violação do sigilo bancário constitucionalmente assegurado.

⁷⁶⁸ ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Processo Eletrônico e Teoria Geral do Processo Eletrônico: A Informatização Judicial no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 38.

⁷⁶⁹ No processo penal, com exceção da aplicação do disposto na Lei nº 9.800/99 e da Lei nº 9.296/96, que disciplinam a possibilidade de quebra de sigilo telemático, assegurando a tramitação sob segredo de justiça, a única novidade em termos de virtualização, idealizada no plano doutrinário e prático, é a utilização do interrogatório *on-line* ou à distância, repudiado inicialmente por setores da doutrina e, recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, a despeito da tramitação na Câmara dos Deputados dos Projetos de Lei nºs. 1233/99 e 1334/2003, que regulam tal técnica. Os que a defendem sustentam a sua viabilidade por razões de segurança pública e de economia com o deslocamento dos presos, ao passo que os críticos verberam a necessidade de garantir os direitos humanos fundamentais dos encarcerados, inclusive o de ser interrogado pela autoridade judiciária competente em ato no qual esteja presente fisicamente.

⁷⁷⁰ A despeito das reais possibilidades de se conferir pela via da informatização, celeridade e praticidade ao processo, subsistem problemas que impõem reformas profundas no direito processual clássico e na

6.4. A questão da abundância de direitos.

17. O problema do acesso ao direito e à justiça, em nossos dias, para além da incapacidade dos Estados para desenvolverem sistemas de tutela jurisdicional eficiente e célere, tem a ver com a questão da abundância de direitos⁷⁷¹.

Os modelos empreendidos pelos sistemas jurídicos ocidentais para a prestação da tutela jurisdicional tendem a assumir uma conformação mista que comporta mecanismos oficiais e não oficiais de composição dos litígios, geralmente fundados na idéia de pluralismo jurídico e de democratização das vias de acesso à prestação jurisdicional.

Esse fenômeno deve-se, principalmente, ao conjunto de transformações no Direito e nos ordenamentos jurídicos deflagradas não só pelo incremento do processo de juridificação das relações sociais e econômicas, mas, especialmente, pelo surgimento ou revelação de um número quase ilimitado de direitos e procedimentos que acabaram por burocratizar, ainda mais, as esferas sociais e fragilizar a concepção do Direito como sistema autoreferencial ou autopoietico produzido num contexto sócio-interativo⁷⁷².

concepção do processo com instrumento de efetivação dos direitos. No paradigma virtual, as questões de legalidade e legitimidade transcendem ao modelo de jurisdição territorial.

⁷⁷¹ Tecendo considerações sobre o problema da inflação de direitos, J. J. Gomes CANOTILHO propõe a “reconstrução dirigente” como mecanismo de superação da desproteção dos direitos fundamentais em consequência da sua inflação. Pondera que: “a protecção dos direitos fundamentais diminui em sentido proporcionalmente inverso ao da sua multiplicação. (...). O problema reconduz-se então em saber se a constituição dirigente dos direitos fundamentais ainda pode ser dinamizada e concretizada por um Estado regulador que deixou de ter empresas e serviços públicos e que obedece à lógica da economia do mercado e da livre concorrência privatizando os próprios serviços encarregados de fornecer prestações existenciais aos cidadãos. Invoca-se aqui que o Estado socialmente regulador não deixou de ter responsabilidades sociais, antes se transformou num Estado garantidor que prefere garantir resultados sociais (maior riqueza, melhores serviços, melhor distribuição) do que assumir, ele próprio, a produção de bens e a execução das tarefas que, com mais racionalidade, eficiência, economicidade, produtividade e controlo, podem ser exercidos por entidades privadas ou por parcerias público-privadas. Como se poderá intuir, a discussão do problema conduzir-nos-ia a uma análise dos complexos processos de globalização. A primeira é a de que a constituição dirigente de direitos fundamentais só pode continuar a dirigir se se revelar uma ordem aberta quer a novos quadros normativos de interconstitucionalidade (ex.: Constituição europeia) quer a novas experiências constitutivamente conformadoras da sociedade contemporânea (sociedade de informação, sociedade de risco). (Das Constituições dos Direitos à Crítica dos Direitos. In: *Revista de Direito Público*. Porto Alegre: Síntese – IOB, ano II, nº 7, Jan.-Fev.-Mar. De 2005, pp. 80 – 89, p. 85 e 86).

⁷⁷² SILVA, Guilherme Amorim Campos da. Os Direitos Humanos São Absolutos? A Tendência Inflacionária do Processo de Positivção e o Paradoxo da Dispersão dos Enfoques. In: *Cadernos de Direito do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba*. Piracicaba: Gráfica UNIMEP, Volume 3, Número 5, p. 228-240, 2003.

18. No paradigma neoliberal que informa a maioria dos regimes políticos do ocidente, a acessibilidade ao direito e à justiça é condicionada diretamente pelos limites resultantes dos processos de instrumentalização política⁷⁷³ e dessocialização do direito⁷⁷⁴, e pela eficiência das respostas efetivas ofertadas pelos sistemas jurídicos à procura por tutela jurisdicional⁷⁷⁵.

A efetivação do direito de acesso à justiça, nessa conjuntura, estabiliza-se como plataforma político-jurídica do Estado providência e mecanismo que possibilita a regulação plena das relações sociais. A administração da justiça é idealizada com função estatal instrumentalizada por intermédio de rituais instituídos em normas abstratas, equânimes e potencialmente acessíveis a todos, que, em tese, se desenvolvem à margem e indiferente aos outros sistemas que com ele interagem (como a política, a economia, a ciência e a religião), de forma a sugerir uma aparente “sobresocialização ou dessocialização” do direito⁷⁷⁶.

19. Nos sistemas jurídicos do ocidente, é principalmente no espaço de concretização das fórmulas de aplicação das normas na composição dos conflitos que as restrições ao acesso ao direito e à tutela estatal são produzidas, mascaradas e reveladas.

As inconsistências produzidas pelo excesso de normas e pela burocratização e racionalização dos processos e das instituições jurídicas de acordo com um modelo mercadológico fundado na relação custo-benefício, além de figurarem como fatores de expansão e transformação dos sistemas normativos, condicionam o fenômeno do crescimento da litigiosidade⁷⁷⁷.

⁷⁷³ O Estado - providência ao submeter todas as relações sociais a um arcabouço normativo abstrato com vista a uma sociedade plenamente integralizada acaba por provocar intensa atividade legislativa e forte regulação das condutas.

⁷⁷⁴ O sistema normativo trona-se refém da política e da economia e é exposto a um processo de auto-produção normativa centrado na perpetuação de subsistemas regulatórios elitizados.

⁷⁷⁵ O auto-produção normativa das diversas esferas resulta numa regulamentação jurídica incoerente, ineficaz e contraproducente.

⁷⁷⁶ João PEDROSO, Catarina TRINCÃO e João Paulo DIAS ponderam que “as sociedades modernas, para os defensores dos sistemas autopoieticos e autoreferenciais são constituídas por uma série de subsistemas (direito, política, economia, ciência, arte, religião, etc...) todos eles fechados, autônomos, autocontidos e autoreferenciais, cada qual com um modo de funcionamento e um código próprio. O direito é um desses sistemas, um subsistema de comunicações jurídicas que funciona com o seu próprio código binário: legal/ilegal. O direito não se regula a si próprio. O direito é o ambiente que rodeia os outros subsistemas sociais, tal como estes são o meio ambiente do direito”. (In: *Por Caminhos da(s) Reforma(s) da Justiça*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 16).

⁷⁷⁷ João PEDROSO, Catarina TRINCÃO e João Paulo DIAS citando Boaventura de Sousa Santos, asseveram que “o crescimento dos litígios não é um processo uniforme em todas as sociedades. A procura dos tribunais varia em função do grau de desenvolvimento econômico e social da cultura jurídica, das

Num cenário de inflação normativa, o direito é revelado como sistema plural e descentralizado, edificado a partir de uma multiplicidade de fontes e suscetível a interpretações variáveis. A aplicação das normas se materializa como atividade aberta a métodos e dados provenientes de outras disciplinas, realizada não só por meio da atuação jurisdicional ou oficial, mas pelas vias alternativas extrajudiciais ou negociais⁷⁷⁸.

As especificidades resultantes da cultura jurídica, do desenvolvimento econômico e social e da evolução de cada sistema judicial, bem como a disponibilidade de um sistema de informações sobre os direitos e as soluções jurídicas existentes para concretizá-los, são apontadas como critérios para a qualificação do nível de acessibilidade ao direito e à justiça.

20. Na prestação da tutela jurisdicional cível essas circunstâncias mobilizam a litigância predispondo e condicionando os titulares de interesses juridicamente protegidos a buscarem a tutela jurisdicional⁷⁷⁹, e servem de bloqueio ao acesso ao direito e à justiça daqueles que não têm condições de suportar o custo e a duração do processo.

Para conter o aumento das desigualdades resultantes dessas variáveis e evitar a ruptura dos sistemas oficiais de administração da justiça, os Estados nacionais, submetidos à cobrança dos organismos internacionais e comunitários, têm encetado reformas que incorporam medidas tendentes a aumentar quantitativamente os recursos humanos e físicos, aperfeiçoar a partilha das competências judiciais e as rotinas e procedimentos, e viabilizar inovações técnicas nas formas de gestão dos sistemas normativos, nas práticas dos atos processuais, nos perfis dos profissionais do direito e na estruturação de vias alternativas ao modelo formalista e profissional de administração da justiça, mediante a criação de instâncias e estruturas descentralizadas, informais e não profissionais de composição dos litígios.

transformações políticas e do consequente padrão de litigação decorrente da caracterização dos utilizadores dos tribunais judiciais e da relação entre a procura potencial e a procura real e efetiva da resolução de um litígio no sistema judicial” (In: *Por Caminhos da(s) Reforma(s) da Justiça*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 13).

⁷⁷⁸ O fenômeno de flexibilização do direito e dos mecanismos idealizados para concretizá-lo, além de torná-lo contingente, provoca a busca pelo aperfeiçoamento técnico e a sofisticação das vias de solução dos conflitos, tornando-as mais dispendiosas à medida que demanda constante qualificação humana e tecnológica.

⁷⁷⁹ Costumam provocar a tutela jurisdicional, com maior assiduidade, aqueles com maior capacidade para suportar os ônus financeiros do processo (o seu custo e duração).

A consolidação desse processo de desjudicialização dos mecanismos de resolução de litígios pela revalorização dos meios privados⁷⁸⁰, comunitários, administrativos ou parajudiciais de composição, e o desapego ao formalismo e à flexibilização das formas de regulamentação de condutas têm proporcionado a simplificação dos ritos processuais, a adoção de formas híbridas de contensão das lides mediante a inclusão de fases de negociação no curso do processo, a disponibilização de vias não oficiais de composição das lides, o alargamento das competências e o fomento ao recurso a novas técnicas de informação jurídica e de prevenção de conflitos.

21. A análise dos atuais sistemas de composição dos litígios desenvolvidos no ocidente, revela que os órgãos jurisdicionais, embora entronizados como órgãos centrais de prestação de tutela jurisdicional, não detém o monopólio do poder para solver os litígios. Ao seu lado, e concorrentemente, opera um conjunto não oficial de mecanismos de contenção das animosidades baseado não só na mediação, na conciliação e na arbitragem.

O amplo movimento reformista ao qual a maioria dos Estados nacionais aderiu, conquanto orientado para a manutenção da centralidade dos órgãos oficiais no manejo das normas, para além de acarretar o reaparelhamento das instituições que compõem a estrutura responsável pela prestação da tutela jurisdicional, tem provocado a incorporação de mecanismos administrativos e alternativos não estatais de composição dos litígios⁷⁸¹.

É o grau de satisfatividade e efetividade das respostas oficiais ou não, idealizadas e praticadas pelas sociedades para a contensão e resolução da litigiosidade, e a eficiência do conjunto de instâncias judiciais decisórias e dos mecanismos postos à disposição dos litigantes, que têm servido de referencial para a identificação do nível de acessibilidade à justiça e das medidas necessárias para concretizá-lo.

⁷⁸⁰ Fábio Túlio BARROSO e Cecília Vilar Cabral CORREIA sustentam que a consolidação das formas extrajudiciais de solução dos conflitos acarreta o acirramento do fenômeno de privatização da justiça (Aplicação da Arbitragem nos Conflitos Trabalhistas. In: GOMES NETO. José Mário Wanderley (Coord.). *Dimensões do Acesso à Justiça*. Salvador: Juspodivm, Coleção Temas de Processo Civil, pp. 51-73, 2008, p. 59).

⁷⁸¹ Mesmo onde se defende que os órgãos jurisdicionais devem atuar exclusivamente nos conflitos que incorporem alta indagação e configurem demandas importantes e de ampla repercussão, incumbindo aos meios não jurisdicionais e não contenciosos a resolução dos pequenos conflitos e daqueles afetos e áreas eminentemente privadas, referidos a situações fáticas localizadas, tem ganhado força o entendimento de que a preservação dos meios oficiais, em especial, dos tribunais judiciais, como centros preponderantes de solução dos conflitos não pode obstar a eficácia e validade dos sistemas inoficiosos de composição das contendas.

É certo que, quanto maior a distância cultural e econômica dos litigantes e mais formais e especializados forem os procedimentos e órgãos competentes para resolver conflitos, mais inacessíveis serão as vias de acesso ao direito e à justiça⁷⁸².

6.5. O problema da superação da construção positivista.

22. Nos sistemas de direito legislado, o direito de acesso à justiça, quando exposto ao processo de interpretação/aplicação, é tratado, preponderantemente, sob uma perspectiva lógica que relaciona o seu conteúdo com a estrutura, as fontes e os critérios de validade formal das normas jurídicas que o revelam. A forte matriz positivista que informa os processos de concretização dos direitos dificulta a sua efetivação como categoria normativa dotada de fundamentalidade⁷⁸³.

A qualificação das normas institucionalmente postas não depende da consideração dos juízos de valor e das ilações sobre os seus efeitos sociais e a eficácia das decisões jurídicas adotadas com base nos seus conteúdos. Em virtude da neutralidade científica imposta ao jurista positivista, os problemas que tangenciam a democratização da apropriação dos direitos, as determinantes históricas e os interesses e valores que informam a conflituosidade social são desprezados no processo de interpretação/aplicação normativa.

Por conceber o direito como realidade que congrega normas e conceitos que bastam em si mesmas, se ‘autoexplicam’ e impedem qualquer juízo valorativo sobre a legitimidade e validade das suas fontes, tende a professar que as leis impostas pelo poder institucionalizado são dadas, e como tal devem ser recepcionadas, cumpridas e aplicadas sem qualquer digressão ou questionamento sobre a justiça ou adequação do seu teor.

Qualificada como atividade destinada, exclusivamente, para garantir a segurança jurídica, a função do intérprete/aplicador é reduzida à mera técnica de aplicação de

⁷⁸² João PEDROSO, Catarina TRINCÃO e João Paulo DIAS ao discorrerem sobre estes aspectos, sustentam que “a pedra de toque de um novo modelo de administração de justiça é a consequente criação de um sistema integrado de resolução de litígios que assente na promoção do acesso ao direito pelos cidadãos e permita vencer as barreiras sociais, econômicas e culturais que obstam a sua resolução. Assim, a justiça deve ser entendida como a entidade (o terceiro) que os litigantes consideram mais legítima e adequada para a resolução do seu conflito e defesa dos seus interesses” (In: *Por Caminhos da(s) Reforma(s) da Justiça*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 47).

⁷⁸³ GALUPPO, Marcelo Campos. A Epistemologia Jurídica entre o Positivismo e o Pós-Positivismo. In: BRANDÃO, Cláudio e ADEODATO, João Maurício (Orgs.). *Direito ao Extremo – Coletânea de Estudos*. Rio de Janeiro: Forense, pp. 19-30, 2005.

normas, cujo sentido e utilidade ao operador não é permitido perquirir ou aferir com base nos seus resultados concretos.

O processo hermenêutico, em tese, desenvolve-se imune às concepções prévias que o intérprete/aplicador tenha construído/internalizado sobre o direito, e a qualquer juízo que, calcado na essencialidade do sistema normativo para realidade socioeconômica, a identifique com as lutas e forças sociais e conduza à investigação da origem, finalidade, valor e efeitos dos institutos jurídicos.

23. Essa conformação estritamente formalista, na maioria das ordens jurídicas da atualidade, tem sido superada pela da consolidação da ideia de que em qualquer sistema alicerçado em normas positivadas em precedentes ou em textos legais, a experiência normativa não pode ter por fundamento a neutralidade dos juízes e tribunais enquanto intérpretes/aplicadores por excelência⁷⁸⁴.

Há uma forte tendência de permitir no trabalho crítico-valorativo do intérprete/aplicador das normas e precedentes, a formulação de questionamentos sobre as instituições, os fundamentos e as potencialidades dos sistemas jurídicos, além da identificação das fórmulas utilizadas pela tornarem o direito conhecido e acessível aos seus destinatários.

As variáveis valorativas adotadas com o objetivo de adequar o teor das normas e precedentes às especificidades dos casos concretos e à realidade têm sido concebidas como elementos indissociáveis de qualquer atividade jurídica, ainda que mascarada numa atitude lógico-descritiva.

O exame das condicionantes econômicas e morais e das projeções sociais das normas e precedentes tende a constituir, na maioria dos ordenamentos ocidentais, requisito essencial para que o jurista, exercendo atividade investigativo-interpretativa,

⁷⁸⁴ Sobre o assunto conferir: MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Efetiva. In: *Revista da Escola Nacional da Magistratura*. Brasília: Escola Nacional da Magistratura, ano I, nº 1, pp.68-81, Abril 2006; MEDEIROS, Luiz César. *O Formalismo Processual e a Instrumentalidade: Um estudo à luz dos princípios constitucionais do processo e dos poderes jurisdicionais*. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2006; LONGO, Luís Antônio. O Princípio do Juiz Natural e o seu Conteúdo Substancial. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *As Garantias do Cidadão no Processo Civil: Relações entre Constituição e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 31-52, 2003; USTÁRROZ, Daniel. A Democracia Processual e a Motivação das Decisões Judiciais. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *As Garantias do Cidadão no Processo Civil: Relações entre Constituição e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 125-146, 2003; OTERO, Paulo. A Crise na concretização jurisdicional da Justiça. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar e BARBAS-HOMEM, António Pedro (Orgs.). *O Debate da Justiça*. Lisboa: Visilis, 2001.

reelabore e reconstrua o significado dos enunciados normativos a fim de conferir-lhes efetividade.

A indagação que se coloca para os que visualizam a atividade jurisdicional como mera materialização da subsunção lógica, que reduz a interpretação/aplicação do direito ao ato de enquadramento dos fatos aos conceitos da situação jurídica hipotética a fim de produzir a consequência jurídica pré-estabelecida pela lei, é se o mero arranjo lógico-formal é capaz de conferir legitimidade ao sistema normativo institucionalizado e de possibilitar o acesso a uma ordem jurídica justa.

24. Nas ordens jurídicas democraticamente consolidadas, a legitimidade do poder para emitir normas é radicada no sentimento de pertinência do povo somente perceptível à medida que a estrutura normativa retrate as aspirações e interesses primordiais dos seus destinatários, de tal sorte que os indivíduos se convençam de que “nela se exprime uma parte fundamental daquilo que pensam deva ser a vida, tanto privada quando comunitária, merecendo, por isso, ser defendida”, mesmo que à custa de sacrifícios pessoais⁷⁸⁵.

Nesses sistemas, a concepção positivista, ao estabelecer fronteiras rígidas ao conhecimento do Direito e atribuir natureza analítico-descritiva ao trabalho do intérprete/aplicador, vedando-lhe emitir juízos valorativos sobre a ordem jurídica, elege como único critério de valoração jurídica das normas a sua adequação e conformidade material e formal ao conteúdo de outra que se sobreponha como padrão de valor jurídico determinante (norma jurídica fundamental).

Os problemas referentes à efetivação do acesso ao direito e à justiça são posicionados fora de uma teoria do Direito e do discurso sobre o teor e as fontes das normas jurídicas. O debate sobre a justiça da decisão não constitui matéria passível de ser conhecida e discutida racionalmente⁷⁸⁶, porque a solvabilidade dos conflitos de interesses está direta e exclusivamente relacionada com a existência de uma atividade interpretativa que privilegia tão-só um dos interesses em conflito, mais precisamente, aquele impregnado na norma.

⁷⁸⁵ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 43.

⁷⁸⁶ Justo, na versão positivista, é uma qualidade que se refere à aplicação da ordem positiva, quanto maior a efetividade do ordenamento jurídico, maior será a probabilidade de concretização da justiça. A validade da norma não está relacionada com o seu conteúdo, mas depende da observância do procedimento fixado pela norma fundamental pressuposta.

Calcada numa estrutura normativa de cunho abstrato, trabalhada a partir do conceito de neutralidade ética do seu conhecimento, a decisão que realiza a justiça no plano positivista aparece imune aos valores e às condicionantes da cidadania, porque a verdade que revela não está referida a um fim, mas ao conjunto de meios e rituais pré-estabelecidos para a sua consecução.

A tutela institucional dos direitos concretiza-se à margem de qualquer indagação sobre a justiça dos critérios que orientam a fórmula de estruturação normativa, à medida que compete ao intérprete/aplicador apenas “dar execução e reconhecer obrigatoriedade a lei, sacrificando sempre, se for preciso, seu sentimento jurídico ao imperativo autoritário da norma”, cuidando apenas do que diz a lei e nunca da justiça que ela pode conter”⁷⁸⁷.

A atividade jurisdicional exercida com base nesses parâmetros se aperfeiçoa incapaz de conter satisfatoriamente a conflituosidade social, sobretudo nas situações ainda não enquadradas na moldura normativa em vigor, em razão da incapacidade de quem emite as normas para atender as demandas sociais e ao senso de justiça presente na coletividade quando da sua elaboração⁷⁸⁸.

A efetivação do acesso ao direito e à justiça, nesse contexto, demanda transformações conceituais que permitam atuação institucional que proporcione o manejo criativo do processo hermenêutico com o objetivo de adaptar as leis às mudanças sociais e suprir as lacunas normativas.

O interprete/aplicador, conquanto proibido de utilizar critérios subjetivos, deve mostrar-se inserido no jogo histórico do seu tempo e receptivo às influências externas e ao conjunto lógico-formal codificado, habilitando-se para exercer sua atividade em harmonia com as expectativas e promessas consolidadas na sociedade, de maneira a traduzir nos seus pronunciamentos o sentimento de justiça nela enraizado.

A despeito das limitações que a perspectiva positivista produz, na maioria dos sistemas jurídicos ocidentais é a atividade do intérprete/aplicador que molda e torna os

⁷⁸⁷ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1961, p. 214.

⁷⁸⁸ Plauto Faraco de AZEVEDO pondera que nesse cenário, a aplicação judicial do direito “conduz ao empobrecimento do processo hermenêutico e a desvalorização da atividade judicante pela via do autoritarismo exegetico ou silogístico-dedutivo, de que o conceptualismo apartado da vida é a contraparte. Por esse caminho a função judiciária se contrai e esvazia, conduzindo ao ceticismo jurídico”, consolidando-se como instrumento de consagração da permuta da realidade pelo jugo conceitual das abstrações jurídicas. (In: *Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 61).

direitos conhecidos e acessíveis, revela o grau de eficácia e de adequação das normas aos valores socialmente recepcionados, e possibilita o exame do nível de insulamento técnico-jurídico dos operadores do direito.

É o cotejo da conduta por ele adotada que possibilita constatar se a decisão proferida resultou da sua vinculação ao dever de justiça condicionado pelo direito positivo, ou de uma atuação que, para atender as exigências da justiça material, não se ateu à moldura fixada pelo direito posto.

6.6. A observância da duração razoável do processo como expressão do acesso à justiça.

25. Também tem a ver com a questão do acesso à justiça o problema da duração do litígio, mais especificamente, do tempo compreendido entre a propositura ou instauração da demanda e a prestação da tutela jurisdicional efetiva, especialmente, porque, em muitos casos, a demora na prolação da decisão afeta drasticamente a utilidade prática do provimento⁷⁸⁹ acarretando inequívoca denegação de justiça.

Na esfera das questões civis o problema da lentidão torna-se mais complexo e assume conotação de grave entrave ao acesso ao direito e à justiça convertendo-se em custo adicional para os jurisdicionados⁷⁹⁰. A duração do processo civil é determinada

⁷⁸⁹ Para análise detalhada do direito à tutela jurisdicional em tempo razoável, conferir: GOMES, Conceição. *O Tempo dos Tribunais. Um estudo sobre a morosidade da Justiça*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003; MELO, Vítor. Direito, temporalidade e Justiça laboral: Um realçar de algumas especialidades. In: *Revista do CEJ – Dossiê temático – Tempo e Justiça*. Coimbra: Almedina, nº 5, pp. 217-229, 2º Semestre 2006; LIMA, Joaquim Pires de. Considerações acerca do direito à justiça em prazo razoável. In: *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Almedina, ano 50, pp. 671-701, Dezembro de 1990; ANNONI, Danielle (Org.) *A responsabilidade do Estado pela Demora na prestação jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2002; ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006; BENETI, Sidney Agostinho. Demora judiciária e acesso à justiça. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 715, ano 84, p. 377-201, Mai./1995; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997; DELGADO, José Augusto. Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional. In: *Revista da Amagis*, Belo Horizonte: AMAGIS, v. 2, pp. 169-179, 1983; EUROPE, Concil of. Within a reasonable time. In: *Digest of Strasbourg case-law relating to the Europe Convention on Human Rights*. Berlin: Carl Heymanns Verlag KG, v. 2, pp. 502-658, 1984; TAPIA, Oscar R. Pierre. Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. In: *Jurisprudência de la Corte Suprema de Justicia: Repertorio mensual de jurisprudencia*. Caracas: Ed. Pierre Tapia, pp. 362-371, ene. 1999; HOFFMAN, Paulo. Razoável Duração do Processo. São Paulo: Quartier Latin, 2006; SANTOS, Boaventura de Sousa, MARQUES, Maria Manuel Leitão, PEDROSO, João e, FERREIRA, Pedro Lopes. *A Morosidade Judicial e o Acesso à Justiça*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Vol. III, 1995.

⁷⁹⁰ Boaventura de Sousa SANTOS afirma ser intrigante o fato de, em Portugal, o aumento da duração média dos processos civis “se revelar resistente, não só às inovações parciais que o procuram controlar, mas também às reestruturações globais do processo tendentes a eliminar por completo a lentidão da

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

pelo comportamento das partes, pela atuação dos serventuários e auxiliares da justiça, pela conduta dos magistrados e pelo formalismo procedimental.

As dilações indevidas podem acarretar a depreciação dos bens demandados e provocar a corrosão pela escalada inflacionária dos montantes pretendidos judicialmente, nomeadamente, nos Estados onde os fatores de atualização monetária não refletem a real desvalorização da moeda, e os índices oficiais de juros moratórios e remuneratórios não acompanham os indicadores do mercado que incidiriam se os valores estivessem disponíveis e aplicados⁷⁹¹.

Nos sistemas processuais do ocidente, o redimensionamento do tempo na entrega da prestação jurisdicional tem por escopo obstar o recurso a mecanismos que inviabilizem a tutela jurisdicional em um prazo razoável. É impossível dissociar o tempo da justiça daquilo que se concebe por acesso ao direito, efetividade da decisão, devido processo legal, processo justo, garantia da tutela judicial, dignidade da pessoa humana e Estado de Direito.

A eficiência dos sistemas judiciais é vinculada a capacidade que cada um ostenta para atender, eficazmente e em tempo adequado, as pretensões que lhes forem formuladas. Quanto mais rapidamente a tutela jurisdicional for prestada, maior será a efetividade do processo e a sua capacidade de solver conflitos⁷⁹².

Justiça” (SANTOS, Boaventura de Sousa (Inv. Resp.), MARQUES, Maria Manuel Leitão, PEDROSO, João e FERREIRA, Pedro Lopes. *Os Tribunais na Sociedade Portuguesa: A Morosidade Judicial e o Acesso à Justiça*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais – Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, vol. VIII, 1995, p.7.2).

⁷⁹¹ Ao lado do problema do custo do processo, o da sua duração consolida-se em nossos dias como principal foco de debate em todos os sistemas jurídicos ocidentais. (VIGORITI, Vincenzo. Notas sobre o custo e a duração do processo civil na Itália. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 43, jul./set. 1986, pp. 142 - 148). Para Donald ARMELIN a morosidade da prestação jurisdicional “sempre foi uma questão a desafiar a argúcia e o talento dos cientistas do processo e dos legisladores. A *Bula Clementina Saepe* demonstra que há séculos, tal problema afligia a todos, tal como ocorre na atualidade” (Acesso à Justiça. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 23. pp. 172). Sobre o assunto, Mauro CAPPELLETTI assinala que “la duración excesiva es fuente de injusticia social, porque el grado de resistencia del pobre es menor que el grado resistencia del rico; este último, y no el primero puede normalmente esperar sin daño grave una justicia lenta” (In: *Proceso, Ideologías, Sociedad*. Trad. Santiago Sentis Mellendo e Yomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974, pp.133-134). José Manuel PUREZA pondera que “a morosidade (propiciada por um hiper-garantismo estrategicamente explorado para fins exclusivamente dilatórios) revela-se um custo e um desincentivo agravado para os indivíduos e para a introdução de ações inovadoras de defesa de novas esferas de cidadania” (Justiça e Cidadania: para uma justiça mais democrática. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 54, pp. 47-53, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, junho 1999, p.52).

⁷⁹² A maior visibilidade dos sistemas de administração da justiça, para além de torná-los mais transparentes e acessíveis, também revela o quanto são ineficazes e manipuláveis. A ineficácia deve-se, sobretudo, à lentidão dos sistemas judiciais em oferecerem respostas satisfatórias ao aumento da demanda pela tutela das garantias fundamentais.

26. O tempo não é um elemento neutro na relação processual, mas evidencia-se como variável influenciada por múltiplas causas, em virtude do que o seu conceito deverá incorporar o sentido mais aberto e elástico possível. Haverá “morosidade sempre que se ultrapasse o tempo legalmente necessário para a prática de determinado acto ou para o decurso de determinada fase; sempre que na tramitação do processo se verifique uma paragem anormal”⁷⁹³.

O direito fundamental à duração razoável do processo é reconhecido como uma das projeções do *due process of law* e revelado como expressão do direito de acesso à justiça⁷⁹⁴, que se materializa no alcance da concretização dos escopos processuais e da satisfação plena por parte de quem demanda proteção jurisdicional, com o mínimo de dispêndios de tempo e recursos⁷⁹⁵.

Incorpora um conceito abstrato cujo conteúdo depende do exame de vários critérios determinantes, como “a complexidade da causa, o comportamento das partes e a actuação dos órgãos estatais, não só os órgãos jurisdicionais directamente envolvidos, mas, também, de um modo geral, as autoridades administrativas e legislativas a quem incumbe a responsabilidade de criar um sistema judicial ágil, dotado de estruturas e meios materiais necessários”⁷⁹⁶.

⁷⁹³ GOMES, Conceição. *O Tempo nos Tribunais: Um Estudo sobre a Morosidade da Justiça*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 21.

⁷⁹⁴ Boaventura de Sousa SANTOS (Inv. Resp.), Maria Manuel Leitão MARQUES, João PEDROSO e Pedro Lopes FERREIRA, no mesmo sentido, sustentam que o direito à decisão jurisdicional num prazo razoável, que incorpora o direito a um processo sem dilações indevidas, materializa-se como uma das formas de revelação e concretização do acesso ao direito e à justiça, à medida que “a duração excessiva de um processo judicial provoca, entre outras consequências, a erosão da prova, a demora na justa reparação do direito violado, a agravação dos custos económicos do sistema, bem como das partes, e constitui mesmo um desincentivo ao recurso ao Tribunal” (In: *Os Tribunais na Sociedade Portuguesa: A Morosidade Judicial e o Acesso à Justiça*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais – Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, vol. VIII, 1995, p.7.1).

⁷⁹⁵ Cf.: COMOGLIO, Luigi Paolo. (i) *Il Principio di Economia Processuale*. Padova: CEDAM, 1980, v. 1., p. 7. (ii) *Il principio di Economia Processuale Nell’Esperienza di Ordinamenti Stranieri*. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1982, pp. 664; CRUZ e TUCCI, José Rogério. Garantia do Processo sem Dilações Indevidas. In: *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 237.

⁷⁹⁶ MELO, Vitor. Direito, Temporalidade e Justiça Laboral: Um realçar de algumas especialidades. In: *Revista do CEJ – Dossiê Temático: Tempo e Justiça*, n° 5, pp. 217-229, Lisboa: Almedina, 2º Semestre 2006, p. 218. No mesmo sentido: Mateus Costa PEREIRA, para quem a “verificação da prestação jurisdicional tardia pressupõe o exame do caso concreto, perscrutando-se a complexidade da causa em questão, a conduta empreendida pelas partes e, só então, as atividades do magistrado na condução do feito” (Algumas Ilações a partir do Inciso LXXVII do art. 5º da Constituição Federal: Substrato e Discussões. In: GOMES NETO. José Mário Wanderley (Coord.). *Dimensões do Acesso à Justiça*. Salvador: Juspodivm, Coleção Temas de Processo Civil, pp. 183-209, 2008, p. 200).

27. Dotado de forte caráter prestacional, o direito à duração razoável dos procedimentos, enquanto expressão do direito de acesso à justiça tem a sua concretização também vinculada a atuações estatais positivas voltadas para disponibilização dos meios materiais e humanos capazes de proporcionar a entrega oportuna da tutela jurisdicional⁷⁹⁷.

Concretiza-se a partir da harmonização do seu conteúdo com o de outros direitos processuais fundamentais, cuja observância igualmente constitui requisito necessário para a conformação de uma decisão justa, dentre os quais se ressaltam o direito de acesso à justiça em sentido estrito, o direito ao contraditório, à paridade de armas, à dilação probatória, à motivação dos provimentos⁷⁹⁸ e ao duplo grau de jurisdição⁷⁹⁹.

A duração ideal de um processo é aferida mediante equação na qual a rapidez e a eficiência da prestação jurisdicional são ponderadas como grandezas vinculadas ao tempo e aos meios necessários para a proteção e efetivação dos direitos de todos os envolvidos na relação processual, de maneira a que somente seja possível falar-se em plenitude do acesso à justiça quando demonstrado que a prestação jurisdicional não obsteu a concretização de outros direitos processuais fundamentais, nem derivou de um processo inapto para produzir resultados justos.

Considerar-se deferida em prazo razoável a tutela jurisdicional que não extrapola os limites temporais fixados no ordenamento jurídico que lhe serve de base, que não tenha sido afetada por diligências protelatórias, expedientes burocráticos ou dilações indevidas, identificados no exame do caso concreto segundo critérios baseados no bom senso, na equidade, na boa-fé e nos princípios próprios que informam a concepção de justiça social em voga em cada sociedade.

A demora na prestação da tutela jurisdicional, enquanto fator de inacessibilidade revela o mau funcionamento e a inadequação da aparelhagem judiciária⁸⁰⁰, bem como a

⁷⁹⁷ Paul LOMBARD e Jean-François BURGELIN assinalam que “a Corte Europeia dos Direitos do Homem decidiu claramente que a execução de um julgamento deve ser sempre considerada como um dos elementos do direito ao processo equitativo. O acesso a um tribunal será ilusório se a ordem jurídica permitir que uma decisão judiciária definitiva e executória fique inoperante em detrimento de uma parte” (Tradução livre). (In: *Le Procès de la Justice*. France: Plon, 2003, p. 50).

⁷⁹⁸ SCARSELLI. La Ragionevole Durata del Processo Civile. In: *F.I.* Roma: Zanichelli, 2003, p. 127.

⁷⁹⁹ Sobre o tema conferir dentre outros: DIEZ, L. A. Diego. *El Derecho de Acceso a los Recursos*. Madrid: Colex, 1998, p. 19-20, e, BRITO. Mario de. Acesso ao Direito e aos Tribunais. In: *O Direito*. Lisboa: EI, 1995, p. 360 e ss.

⁸⁰⁰ Para Danielle ANNONI, a morosidade enquadra-se no conceito de serviço público imperfeito que rende ensejo a oportuna reparação à medida que se materializa “quer por indolência do juiz, quer pelo não

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

incapacidade do poder público para estabelecer metas e parâmetros concretos para uma administração da justiça sem atrasos ou delongas e em tempo razoável.

Dentre as alternativas trabalhadas com o objetivo de minorar os efeitos danosos da demora da tutela jurisdicional dos direitos, destacam-se as propostas de reformas com o objetivo de adequar o número de operadores do direito e seus auxiliares ao aumento quantitativo de demandas, a implementação de reformas processuais dirigidas para redução dos prazos e otimização dos procedimentos, o combate efetivo e direto à corrupção como problema estrutural, e a abertura das vias de responsabilização internacional dos Estados por violação do direito ao acesso à justiça resultante da delonga injustificada na prestação jurisdicional ou da denegação da justiça.

6.7. A problemática da qualificação da tutela jurisdicional.

28. Na atualidade, subsiste no espaço doméstico forte tendência de vinculação do tratamento do acesso ao direito e à justiça às questões relacionadas com a efetivação da tutela jurisdicional. As deficiências estruturais dos órgãos jurisdicionais associadas ao crescente aumento da litigiosidade civil, e aos problemas relacionados com a morosidade e a ineficiência da tutela judicial dos direitos civis, passaram a ser orientados por uma perspectiva utilitarista fundada na preocupação com a harmonização dos aspectos quantitativos e qualitativos da prestação jurisdicional.

Fala-se em acesso qualitativo à justiça quando se busca evidenciar a legitimidade democrática das decisões a partir da garantia de que os argumentos dos destinatários do provimento judicial tenham sido examinados simétrica e discursivamente. A rapidez na operacionalidade e a eficiência institucional dos órgãos decisórios responsáveis pela administração da justiça são posicionadas em um segundo plano.

O aperfeiçoamento dos mecanismos que viabilizam o acesso à ordem jurídica é focado na qualificação das decisões e na identificação do pronunciamento jurisdicional como produto da atividade hermenêutica crítica e construtiva, desenvolvida pelo intérprete/aplicador com o objetivo de concretizar as normas em harmonia com o conjunto sistematizado e coerente de princípios jurídicos e políticos que lhe servem de fundamento.

provimento adequado do bom funcionamento da justiça” (In: *Direitos humanos & Acesso à Justiça no Direito Internacional* – Responsabilidade Internacional do Estado. Curitiba: Juruá, 2008, p.124).

O processo judicial é orientado pelo escopo de propiciar a emissão de decisões estruturadas em espaços argumentativos nos quais se tenha disponibilizado o acesso e a participação dos interessados⁸⁰¹, motivadas conforme os padrões estabelecidos pelo sistema normativo em vigor, e com base em fundamentos jurídica e racionalmente aceitáveis, alicerçados em normas válidas e capazes de produzirem efeitos imediatos.

A postura mais ativa do intérprete/aplicador com a finalidade de reduzir as desigualdades sociais deve pautar-se nos critérios de justiça, razoabilidade, proporcionalidade e probabilidade que informam, em seu tempo, a identificação dos valores, bens e interesses que devem ser tutelados⁸⁰².

O direito cujo acesso deve garantir não se resume ao conjunto de precedentes e de regras positivadas, incorpora, também, os princípios jurídicos que, embora dotados de normatividade, só se concretizam na medida do possível e em harmonia com as condições jurídico-fáticas existentes⁸⁰³.

29. Na perspectiva quantitativa o processo é tratado com base numa lógica instrumental que valoriza a superioridade numérica dos julgados, possibilitando o alargamento da discricionariedade do aplicador, desobrigando-o do ônus de

⁸⁰¹ A proposta qualitativa aproxima o conceito de ‘segurança’ da ideia de efetividade de direitos processuais que asseguram a plena participação dos titulares de interesses em conflito no debate das questões ventiladas. O direito de acesso à justiça, ainda que esculpido com base nas fontes convencionais do direito (legislação e precedentes) e orientado pelas concepções de segurança jurídica e de previsibilidade, não se concretiza indiferente às maneiras de como os juristas se apropriam, interpretam e manipulam os textos normativos ou jurisdicionais. Consolida-se como produto dos ideais de equanimidade e de justiça que orientam a atividade de intérprete/aplicador. Para Ronald DWORKIN, ao decidir um novo caso, o julgador “deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção” (In: *Uma questão de princípio*. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 283).

⁸⁰² Ao sustentar esse ponto de vista, Luiz Guilherme MARINONI pondera que “o juiz que apreende o conteúdo do direito do seu momento histórico sabe reconhecer o texto da lei que não guarda ligação com os anseios sociais, bastando a ele, em tal situação, retirar do sistema, principalmente da Constituição, os dados que permitem decidir de modo a fazer valer o conteúdo do direito do seu tempo” (In: *Novas Linhas do Processo Civil*: São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 107-108).

⁸⁰³ Repudia-se a convicção de que as normas jurídicas constituem valores que se subordinam a questões de preferência segundo critérios políticos, éticos, morais ou programáticos, manejados de acordo com uma racionalidade meramente instrumental, porque, independente da forma como se materializam (regras ou princípios), visam unicamente ao que é devido, ou seja, consubstanciam enunciados deontológicos e não premissas teleológicas que almejam ao que é bom e ao que é melhor em um dado momento cultural. Cf.: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela Jurisdicional e Estado Democrático de Direito – Por uma Compreensão Constitucionalmente adequada do Mandado de Injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 137.

fundamentar racionalmente as suas decisões, ao tempo em que o autoriza a adotar posições políticas e argumentos pragmáticos.

A concretização do acesso ao direito e à justiça é informada, principalmente, pela racionalidade prática, submetendo-se aos limites traçados pela racionalidade econômica⁸⁰⁴. A celeridade processual é elevada a valor absoluto, ainda que fragilizados os conceitos de verdade e de efetividade processual⁸⁰⁵.

Nessa perspectiva, a preocupação com o aumento da produtividade jurisdicional restringe a participação das partes no desenvolvimento do processo, e a estrutura procedimental não se aperfeiçoa como espaço intersubjetivo e participativo, lastreado institucionalmente pela ampla defesa e por um contraditório dinâmico habilitado a produzir decisões adequadas e fundamentadas⁸⁰⁶.

6.8. Os desafios impostos pelo instrumentalismo processual.

30. Nos sistemas jurídicos do ocidente, o tratamento discursivo do acesso à justiça tem sido predominantemente orientado por uma perspectiva instrumentalista⁸⁰⁷ que enfatiza os ‘escopos metajurídicos do processo’ e a identificação da jurisdição como expressão do poder estatal de distribuir a justiça e impor a observância das normas de direito substancial e processual⁸⁰⁸.

⁸⁰⁴ O Estado e suas instituições são tratados de acordo com a lógica empresarial, os cidadãos são posicionados como clientes, e as interações entre eles desenvolvem-se seguindo os padrões próprios das relações de consumo.

⁸⁰⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves e PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) Crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 174.

⁸⁰⁶ NUNES, Dierle José Coelho. *O Direito Constitucional ao Recurso: da teoria dos recursos, das Reformas Processuais e da participação nas decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 47.

⁸⁰⁷ A perspectiva instrumentalista é exposta à crítica daqueles que sustentam que os escopos jurídicos do processo só podem ser visualizados como fins pré-jurídicos revelados apenas na aplicação do direito material e não do direito processual, ao argumento de que, apesar do caráter democrático e discursivo do direito assegurar a direção do processo ao órgão estatal competente para prestar a tutela jurisdicional, ele não pode apresentar-se como tirano que impõe discricionária e arbitrariamente condutas aos litigantes e interessados (NUNES, Dierle José Coelho. *O Direito Constitucional ao Recurso: da teoria dos recursos, das reformas processuais, da participação nas decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 53), nem comportar-se como dono da verdade e guardião da virtude (OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela Jurisdicional e Estado Democrático de Direito – Por uma Compreensão Constitucionalmente adequada do Mandado de Injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998).

⁸⁰⁸ O processo civil no espaço latino-americano tem fortes matizes romano-germânicas resultantes da herança deixada pelo modelo colonialista que lastreou a formação política e jurídica das nações nele encravadas. Cf.: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Evoluzione della scienza processuale latino-americana in mezzo secolo*. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Bologna: CEDAM, anno LIII (Seconda Serie) – n° 1, pp. 26 – 35, Gennaio – Marzo 1998.

As teses instrumentalistas consagradas na sequência dos estudos desenvolvidos no âmbito do Projeto Florença encabeçado por CAPPELLETTI e GARTH, revelaram o descompasso entre o sistema teórico e a prática vivenciada nos tribunais, e a crescente preocupação com os resultados concretos da aplicação dos modelos processuais clássicos, nomeadamente, no que diz respeito à insatisfação dos seus destinatários com a inefetividade do processo enquanto instrumento idealizado para propiciar o acesso à ordem jurídica justa e à tutela jurisdicional eficaz⁸⁰⁹.

31. Consolidou-se o entendimento de que o grau de eficiência de qualquer modelo processual é aferido de acordo com (i) o nível de dificuldade encontrada pelos titulares de interesses juridicamente protegidos para proporem uma ação perante os órgãos de jurisdição, (ii) a idoneidade dos mecanismos postos à disposição dos litigantes para que atuem no processo segundo as exigências do devido processo legal, (iii) a aptidão que a decisão proferida ostenta para promover a pacificação da contenda, (iv) os critérios que pautaram o julgado, em especial, se a jurisdição desenvolveu-se segundo os parâmetros de justiça em vigor, e (v) a utilidade prática da decisão, ou seja, do coeficiente de satisfação produzido pela provimento jurisdicional.

Os instrumentalistas concebem o processo como mecanismo político de pacificação social, cuja efetividade não está unicamente relacionada com a eficácia dos meios postos à disposição dos titulares de interesses em conflito para demandarem tutela jurídica estatal.

O que importa perquirir é se, e como são disponibilizados recursos para que os litigantes possam participar equitativamente do desenvolvimento da atividade destinada

⁸⁰⁹ Defendendo o instrumentalismo, Cândido Rangel DINAMARCO o posiciona no denominado “terceiro momento metodológico do direito processual, caracterizado pela consciência da instrumentalidade como importantíssimo polo de irradiação de ideias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções”. Para ele, “o processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os conceitos inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico. Insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo. Nem se justifica, nesta quadra da ciência processual, pôr ao centro das investigações a polêmica em torno da natureza privada, concreta ou abstrata da ação; ou as sutis diferenças entre a jurisdição e as demais funções estatais, ou ainda a precisa configuração conceitual do “jus exceptionis” e sua suposta assimilação à ideia de ação. O que conceitualmente sabemos dos institutos fundamentais deste ramo jurídico já constitui suporte suficiente para o que queremos, ou seja, para a construção de um sistema jurídico-processual apto a conduzir aos resultados práticos desejados. Assoma, nesse contexto, o chamado aspecto ético do processo, a sua conotação deontológica” (In: *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 21-22).

à composição do litígio pela via da tutela de direitos, como é aperfeiçoada a garantia de paridade no fornecimento das oportunidades aos titulares de interesses contrapostos para se posicionarem e reagirem às postulações recíprocas, e de qual modo são estruturadas as suas relações com o órgão equidistante instituído para os conduzir de forma organizada à composição da contenda, num espaço onde lhes tenha sido garantida a manipulação de todas as estratégias necessárias e legalmente admitidas para defesa dos seus interesses.

Fundado no contraditório, o processo se desenvolve de acordo com uma estrutura normativa que aparelha a participação equilibrada dos seus destinatários e exige a estrita obediência do julgador. “A participação das partes em simétrica paridade em nada depende da vontade subjetiva do magistrado, mas sim deriva única e exclusivamente da norma jurídica”⁸¹⁰.

O ato jurisdicional, enquanto meio de revelação da norma e de exteriorização do poder estatal, deve influenciar e favorecer a vida do grupo e dos seus integrantes a fim de possibilitar a consecução da paz social. O intérprete/aplicador, no exercício da função judicial, transforma-se em canal de comunicação do direito e ponte de ligação entre a carga axiológica do estrato social onde atua e os textos normativos positivados, bem como, em principal promotor da concretização dos direitos.

32. O acesso ao sistema de efetivação dos direitos demanda a disponibilização pelo Estado, de um processo justo e produtivo, cuja eficácia seja aferida a partir do exame da sua aptidão para viabilizar a pacificação social, da análise da sua aparência externa, delineada pelos seus objetivos e resultados práticos, e do grau de eficiência dos procedimentos ofertados para a resolução dos conflitos⁸¹¹.

A projeção do princípio da instrumentalidade na promoção da acessibilidade ao sistema de tutela dos direitos verifica-se, principalmente, na consagração do processo

⁸¹⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves e PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) Crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.53-54.

⁸¹¹ De instrumento meramente técnico, o processo é transformado em mecanismo “ético e político de atuação da justiça substancial e garantia das liberdades (...) passa a ser visto na total aderência à realidade sócio-política a que se destina, para o integral cumprimento da sua vocação primordial, que é a efetiva atuação dos direitos materiais. Todo o sistema processual passa assim a ser considerado como instrumento indispensável para atingir os escopos políticos, sociais e jurídicos da jurisdição; e a técnica processual como meio para a obtenção de cada um desses objetivos” (GRINOVER. Ada Pellegrini. *O Processo em Evolução*. São Paulo: Forense, 1998, p. 11).

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

como principal via de acesso à ordem jurídica⁸¹² e no aperfeiçoamento dos mecanismos de superação do excesso de formalismo pela relativização de exigências procedimentais, de maneira a permitir que os atos praticados em desconformidade com o padrão legal sejam convalidados quando os fins almejados quedarem alcançados.

O direito acesso à justiça é visualizado como faculdade de ingressar em juízo desprovida de qualquer conteúdo sociopolítico e assemelhado ao direito de ação, como prerrogativa vinculada ao processo enquanto mecanismo de jurisdição, com escopos jurídicos, sociais e políticos bem delineados, ou como garantia relacionada ao princípio da universalidade da tutela jurisdicional e expressão do conceito de acesso a uma ordem jurídica justa⁸¹³.

Revela-se ora como direito subjetivo que assegura ao seu titular, numa situação concreta, demandar, sem obstáculos, a prestação da tutela jurisdicional estatal; ora como direito potestativo que garante ao partícipe de uma relação jurídica preexistente, a faculdade de também aceder às vias jurisdicionais para submeter o outro ou terceiros afetados pelos seus efeitos, à sua intenção de transformá-la ou extingui-la.

O seu conteúdo, por incorporar elementos de direito material e de direito processual, serve tanto para influir na regulação dos conflitos de interesses de caráter individual ou coletivo, como para garantir a efetivação dos direitos substancializados.

33. No plano processual é trabalhado com o objetivo de justificar a adequação da técnica processual a um paradigma que possibilite a construção de procedimentos nos quais a atividade cognitiva e decisória do julgador seja valorizada, e as vias de intervenção das partes sejam otimizadas em prol de uma prestação jurisdicional ágil e menos onerosa.

⁸¹² Bernardo Gonçalves FERNANDES e Flávio Quinaud PEDRON defendem que “a negação da natureza e objetivo puramente técnicos do sistema processual é ao mesmo tempo afirmação de sua permeabilidade aos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material (através dos quais se busca a efetividade), bem com reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina” (In: *O Poder Judiciário e(m) Crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 61).

⁸¹³ Kazuo WATANABE define o direito à ordem jurídica justa como resultado da garantia do direito à informação e à adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica; do direito ao acesso a órgãos jurisdicionais adequadamente organizados e constituídos por juízes comprometidos com a realização de uma ordem jurídica justa; do direito à preordenação de mecanismos processuais aptos para viabilizarem a objetiva tutela dos direitos; e do direito à remoção dos óbices ao efetivo acesso à justiça (Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; e WATANABE, Kazuo (Coords.) *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 128-135, 1988).

Quando incorpora o significado de acesso a uma ordem jurídica justa, materializa-se como meio de realização da justiça, que qualifica o processo como instrumento gerido por autoridade imparcial, habilitado a viabilizar a participação equitativa, efetiva e adequada dos interessados e de possibilitar a eficaz tutela dos direitos demandados, em cujo percurso tenha sido facultado acesso à informação e à orientação jurídica, bem como aos mecanismos alternativos de composição dos conflitos⁸¹⁴.

34. Na trilha da construção doutrinária instrumentalista fundada nos estudos de CAPPELLETTI e GARTH⁸¹⁵, a expressão acesso à justiça sempre estará relacionada com a identificação de mecanismos legítimos que tornam os sistemas jurídicos acessíveis e aptos para produzirem resultados individual e socialmente justos, e com a garantia do direito fundamental que toda pessoa titulariza, de ter ao seu alcance, sem embaraços e num contexto jurídico igualitário, técnicas processuais que sirvam para concretizar satisfatoriamente as prerrogativas que o ordenamento lhe confere⁸¹⁶.

⁸¹⁴ Com esta conotação é tratado como ‘movimento de pensamento’ que, na perspectiva de Mauro CAPPELLETTI, constitui reação à dogmática formalista que enclausura o fenômeno jurídico no âmbito da norma e impulsiona o estudo e o ensino do direito processual numa perspectiva social, ética, cultural e econômica, de modo a afirmar o acesso efetivamente igualitário como núcleo essencial da dimensão social do direito e do Estado contemporâneo. Em virtude dessa virada “as Constituições modernas não se limitam mais de fato a afirmar os tradicionais direitos políticos e civis; têm se afirmado também os direitos sociais, e destes sempre emerge, fortemente, aquele do acesso e da efetividade ou acesso à proteção judiciária, mas o acesso também a todos aqueles outros bens sociais sob os quais se fundamenta, (...), o moderno Estado Social de Direito: acesso à educação, ao trabalho, ao repouso, à saúde, à previdência e à assistência social, etc.” (Tradução Livre). (Acesso alla giustizia: come programma di riforma e come metodo di pensiero. In: *Estratto da Studi in onore dei Tito Carnacini*. Milão: Giuffrè, 1990, p. 137). Francisco Gerson Marques de LIMA fala em uma ‘dimensão política do acesso à justiça’ que o revela como princípio que possibilita a participação do indivíduo na formação da vontade estatal e no exercício das funções públicas, conferindo-lhe o direito ao processo e a uma estrutura jurisdicional que efetive e garanta a participação dos cidadãos nos processos decisórios (In: *Fundamentos Constitucionais e processo sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 82).

⁸¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro, e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris, 1988. A doutrina que respalda o pensamento desses processualistas é combatida por grupos minoritários que se insurgem contra a valorização da jurisprudência no processo de estabilização do acesso ao direito e à justiça como direito fundamental. Sustenta-se que reduzir o conceito de acesso à justiça ao produto de um modelo axiológico exclusivamente instrumental manipulado pelo Estado-juiz constitui obstáculo à discursividade procedimental, facilita a reprodução dos imperativos funcionais do mercado nos sistemas de tutela dos direitos, reforça o movimento de sumarização da jurisdição a partir da supervalorização do princípio da oralidade e impulsiona o ativismo judicial.

⁸¹⁶ A dimensão interdisciplinar que o discurso incorporou vinculou o conceito de acessibilidade ao de efetividade do processo e impregnou a ideologia constitucional contemporânea, influenciando na elaboração de instrumentos pactícios internacionais e comunitários voltados para a proteção dos direitos humanos, e serviu de fundamento para a construção jurisprudencial da Corte Europeia e da Corte Interamericana dos Direitos Humanos.

São eleitos como principais fatores de obstrução do acesso a uma ordem jurídica justa, a morosidade e o alto custo do processo para as partes; as discrepâncias nas condições individuais que cada parte ostenta para se conduzir em juízo em virtude das vantagens estratégicas que uma possua com relação à outra, quer no que tange à capacidade para suportar os ônus financeiros da causa, quer no discernimento intelectual para o reconhecimento da existência de um direito juridicamente protegido apto para impulsionar ou justificar a decisão de provocar a tutela jurisdicional; e a ausência de vias processuais específicas e suficientemente aparelhadas para permitirem a tutela dos interesses difusos de forma diferenciada da tutela dos interesses meramente individuais.

O ataque articulado a esses obstáculos compreende o aprimoramento da atividade jurisdicional, e a promoção da assistência judiciária e da tutela dos interesses difusos, e depende da estruturação de um amplo programa de reformas alicerçado na concepção de que o Direito e o Estado devem ser postos a serviço dos cidadãos, ainda que para tanto sejam necessárias transformações normativas e institucionais inovadoras, centradas na ‘deformalização’ do processo⁸¹⁷, na retomada dos meios alternativos de solução das contendas, no aparelhamento dos juizados especiais, na valorização das vias conciliatórias e de arbitragem, no alargamento da participação popular na administração da Justiça, e na melhoria da assistência judiciária e jurídica no sentido de orientar os cidadãos acerca dos seus direitos e dos mecanismos estatais disponibilizados para tutelá-los⁸¹⁸.

⁸¹⁷ Expressão utilizada por Ada Pellegrini GRINOVER para identificar a técnica processual diferenciada desenvolvida com o objetivo de tornar o processo mais rápido, simples, eficiente, econômico e de fácil acesso nas controvérsias de menor complexidade.

⁸¹⁸ O abrandamento do formalismo procedimental se perfaz não só mediante a democratização (descomplicação) da linguagem jurídica e a adoção de medidas diferenciadas com o objetivo de garantir a tutela eficaz de direitos especiais em circunstâncias particulares, como também por intermédio do manejo de técnicas antecipatórias, de procedimentos monitorios (de injunção em Portugal) e do aprimoramento do duplo grau de jurisdição como mecanismos processuais capazes de facilitar o acesso a uma tutela jurisdicional célere e efetiva. Luiz Guilherme MARINONI insurge-se contra o culto exagerado ao duplo grau de jurisdição ao defender a sua supressão nas causas de menor complexidade, e sustentar a tese de que o direito ao reexame das decisões por instâncias superiores não pode ser catalogado como garantia fundamental porque, além de desvalorizar o pronunciamento do juízo de primeira instância, dilata a duração do processo, provoca o aumento da litigiosidade contida nas classes menos abastadas e a fuga da ‘justiça estatal’ por parte daqueles que possuem maiores recursos econômicos, para mecanismos alternativos de composição de conflitos, como a arbitragem (In: *Tutela antecipatória e julgamento antecipado por incontrovérsia da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 214).

35. A teoria processual é informada por valores que a posicionam no espaço ocupado pelo debate sobre a concretização da justiça social, no qual a noção de direito de ação confunde-se com a de direito à tutela jurisdicional adequada ao âmbito do direito material, e o exame da sua efetividade é realizado a partir da análise da influência da conjuntura social e econômica nas técnicas processuais de solução das contendas⁸¹⁹.

O processo somente é considerado acessível quando incorpora uma técnica capaz de permitir ao julgador formar a sua convicção e prestar, de forma justa e célere, a tutela jurisdicional ao término de um procedimento que tenha se desenvolvido de modo ágil e o mais democraticamente possível, com a participação igualitária⁸²⁰, simétrica e paritária de todos os afetados pelo conteúdo do provimento⁸²¹.

⁸¹⁹ Esse contexto não guarda afinidade com o pensamento sistemático construído quando do divórcio entre direito processual e direito material, nem com paradigmas processuais que valorizam a neutralidade do julgador, a proibição de julgamentos fundados na verossimilhança, a vedação à execução sem título e a classificação trinar das sentenças.

⁸²⁰ No Estado de Direito é “o desenvolvimento do conceito de contraditório como um direito das partes e da função jurisdicional, através do deslocamento do ‘papel-missão do juiz’ para a garantia em simétrica paridade das partes, trabalhando todos na forma de uma co-participação para a formação da sentença” que “permite a porosidade dos discursos formadores da legitimação democrática” (FERNANDES, Bernardo Gonçalves e PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) Crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 75).

⁸²¹ Sérgio Torres TEIXEIRA leciona que, nessa perspectiva, a promoção da acessibilidade exige rapidez, informalidade, redução de custos, capacidade postulatória desatrelada da pessoa do advogado e valorização do ativismo judicial focado na equalização dos litigantes, na simplificação do direito e na radical mudança dos processos decisórios, de modo a posicionar a via jurisdicional como opção séria e eficaz para a resolução das suas contendas. Pondera, ainda, que a atribuição de um novo enfoque ao acesso à justiça deve proporcionar ao maior número de indivíduos, oportunidades reais para defenderem suas prerrogativas perante órgãos estatais sensíveis ao processo evolutivo dos direitos. (Acesso à Justiça e Crise do Modelo Processual Brasileiro Contemporâneo: Superando os Obstáculos à Efetividade do Processo Trabalhista. In: GOMES NETO. José Mário Wanderley (Coord.). *Dimensões do Acesso à Justiça*. Salvador: Juspodivm, Coleção Temas de Processo Civil, pp. 183-209, 2008).

7. Acesso ao direito e à justiça supranacional.

1. O direito à tutela estatal dos direitos consolidou-se nos instrumentos internacionais e comunitários como garantia de proteção jurisdicional ou de acesso a uma instância judicial habilitada para operacionalizar os mecanismos idealizados para conferir efetividade aos direitos, e exercer a tutela compositiva dos conflitos.

A justiciabilidade dos direitos fundamentais estabilizou-se como princípio jurídico comum que impõe a obrigação estatal de garantir a proteção judicial dos direitos consagrados nas normas internacionais, mediante a disponibilização de recursos céleres e efetivos, atribuindo-se aos tribunais domésticos o dever de proporcionarem o restabelecimento e a reparação das lesões ou ofensas causadas aos direitos e garantias fundamentais.

Quando estas violações não são eliminadas, nem os direitos vulnerados reparados pelos mecanismos nacionais, a jurisdição internacional torna-se o único espaço acessível para a salvaguarda dos direitos, muito embora as Cortes Supranacionais, de regra, não se envolvam com questões jurídicas fundadas no direito interno, sobretudo, por desenvolverem atividade complementar voltada ao suprimento das omissões ou repressão das ações violadoras perpetradas pelos Estados⁸²².

7.1. A sistematização internacional do direito de acesso à justiça.

2. Estruturado com base em um complexo conjunto de regras e princípios reproduzido em várias constituições, o sistema internacional de proteção aos direitos humanos é composto por diversos órgãos internacionais e regionais.

A concretização dos direitos no âmbito do direito internacional e comunitário, a exemplo do que se verifica em qualquer sistema doméstico, está alicerçada na garantia da disponibilização de remédios judiciais suficientemente aptos para viabilizarem, de forma eficiente, a tutela jurisdicional desses direitos diante de situações violadoras ou abusivas⁸²³.

⁸²² JAYME, Fernando G. *Direitos Humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos*. Belo Horizonte, 2005. p 60.

⁸²³ Norberto BOBBIO adverte que, nos dias atuais, não importa saber quais e quantos são os direitos assegurados, ou que caráter ou natureza os informa, interessa perquirir quais os modos ou fórmulas mais seguros para garantir a sua concretização e evitar que sejam continuamente violados. (In: *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25). Daí a frequente

Da adesão aos Instrumentos Internacionais e Comunitários de proteção aos direitos fundamentais resulta para os Estados a obrigação de desenvolverem práticas legais e administrativas a fim de assegurar ao indivíduo o direito de ter acesso a um tribunal ou outro remédio jurídico eficaz, ainda que a pretensão, *a priori*, seja inadmissível, ou não se evidencie de forma explícita a possibilidade de sucesso da demanda.

3. No contexto da efetivação dos direitos humanos, o sistema judicial de proteção é o que oferece maiores garantias e melhores condições de êxito, desde que mantida como princípio geral do direito internacional a exigência de esgotamento dos remédios jurídicos internos como pressuposto para desobstrução do recurso aos meios supranacionais de tutela⁸²⁴.

A existência de remédios judiciais constitui a principal forma de expressão do cumprimento da obrigação do Estado nacional de planificar no espaço da sua soberania os direitos fundamentais, e assegurar que a efetivação das prerrogativas individuais e coletivas que deles decorram, se desenvolva num cenário jurídico pré-estabelecido⁸²⁵, reforçado por garantias juridicamente precisas e eficazes, no qual o intérprete/aplicador seja exposto ao constante desafio de manipular as normas em sintonia com o contexto de incidência e os princípios jurídicos (morais, éticos, sociais e filosóficos) que informam o ordenamento, de modo a construir decisões que atendam, simultaneamente, aos critérios de certeza jurídica e de aceitabilidade racional⁸²⁶.

preocupação dos órgãos responsáveis pela interpretação/aplicação desses direitos em transportá-los do plano meramente conceitual e normativo para a órbita operacional e concreta a partir do posicionamento do ser humano no centro da proteção jurídica internacional.

⁸²⁴ O princípio da subsidiariedade da supervisão internacional é mantido íntegro como requisito de acesso às vias supranacionais de composição dos conflitos (ALFREDSSON, Gudmundur e EIDE, Asbjorn (Eds.) *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement*. Haia: Martinus Nijhoff, 1999, p. 187).

⁸²⁵ Para Rubens Curado SILVEIRA, o “ponto de partida para um processo justo e equitativo está na experiência norte-americana do *due process of law* e sua concepção substantiva, segundo a qual os cidadãos têm direito não apenas a um processo legalmente previsto (concepção processual), mas a um processo legal, justo e adequado para legitimar o sacrifício da vida, liberdade e propriedade” (In: *A Imunidade de Jurisdição dos Organismos Internacionais e os Direitos Humanos*. São Paulo: LTR, 2007, p. 44).

⁸²⁶ Para Karel VASAK, no plano internacional, a efetivação do direito a um processo equitativo igualmente requer que “a causa seja apreciada equitativa e publicamente, por um tribunal competente, independente e imparcial; é preciso também que o processo e o julgamento sejam públicos, ainda que sejam autorizadas exceções a esta regra, nomeadamente no interesse de menores e no interesse de uma boa justiça” (In: *As Dimensões Internacionais dos Direitos do Homem: Manual Destinado ao Ensino dos Direitos do Homem nas Universidades*. Lisboa: Universidade Portuguesa de Livros Técnicos e Científicos/UNESCO, 1983, p. 177).

4. Na órbita internacional, a sagração do acesso à justiça como autêntico direito à justiça foi marcada pelo desenvolvimento gradual das formas de proteção internacional dos indivíduos, de responsabilização dos Estados e de afirmação do direito de acesso à justiça nos vários diplomas internacionais e comunitários.

Categorizado entre os direitos humanos, no artigo 10 da DUDH é revelado como direito civil fundamental; no artigo 2º, §3º, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, como direito a um recurso efetivo; nos artigos 8º e 25, da CADH, de 1969, como direito à proteção ou garantia judicial; nos artigos 6º e 13º, da CEDH, de 1950, como direito de acesso equitativo e a um recurso efetivo; e, no artigo 7º, da Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos, como direito de apelar a órgãos nacionais competentes contra atos que violem direitos fundamentais.

Esses textos o contemplam como direito de acesso aos tribunais e ao direito por intermédio de um processo equitativo, especificando a garantia do contraditório, da publicidade, da imparcialidade e independência, da proteção jurídica eficaz, da duração razoável do processo e do duplo grau de jurisdição como suas emanações ou manifestações.

Os princípios do contraditório e da igualdade de armas são considerados aspectos inderrogáveis do processo equitativo, cuja concretização, em qualquer litígio, é revelada como prerrogativa conferida às partes para deduzirem em juízo os argumentos fáticos e jurídicos que entendam cabíveis, produzirem e controlarem a produção das provas e discutirem sobre o seu valor e resultado⁸²⁷.

Também no cenário supranacional, a materialização de um processo equitativo demanda que a causa seja apreciada num prazo razoável⁸²⁸, em julgamento público e por intermédio de decisões motivadas, de maneira a permitir que as partes avaliem a possibilidade de recorrer a uma instância superior⁸²⁹. A razoabilidade do prazo deve ser ponderada de acordo com as peculiaridades de cada caso, e abrange todo o processo, incluindo o tempo de tramitação nas instâncias recursais⁸³⁰.

⁸²⁷ Acórdão Ludi c. Suíça (1992).

⁸²⁸ Acórdão Guincho c. Portugal (1989).

⁸²⁹ Acórdão Van Hurk c. Holanda (1994).

⁸³⁰ Acórdão Poiss c. Áustria (1987).

Integra, ainda, o conceito de processo equitativo, o direito a um tribunal legalmente instituído, independente e imparcial face aos demais poderes estatais e aos grupos de pressão⁸³¹.

5. Na esfera supranacional a expressão acesso à justiça também incorporou um significado geral que o revela como a possibilidade do indivíduo, numa dada situação concreta, provocar tanto a proteção jurisdicional de uma Corte Supranacional, como ser ouvido nos casos em que a tutela pleiteada possa afetar direta ou indiretamente o seus direitos, bem como, a prerrogativa de ver, em qualquer caso, o seu caso apreciado segundo os padrões de justiça chancelados nas normas de direito internacional ou comunitário, ainda que indiquem a necessidade de modificações estruturais no sistema de administração de justiça do Estado onde a violação se aperfeiçoou.

Quando utilizado como sinônimo de proteção judicial serve para designar o direito individual de perseguir a tutela jurisdicional perante um tribunal instituído nos

⁸³¹ Acórdãos Demicoli c. Malta (1991) e Piersack c. Bélgica (1982). No âmbito penal, o princípio da inocência compõe o núcleo do conceito de processo equitativo e é frequentemente articulado com os princípios do *in dubio pro reo* e da *nulla poena sine culpa*, conferindo ao acusado o direito ao silêncio e ao benefício da dúvida, ao passo que atribui ao Ministério Público o ônus de provar a culpa (Decisão de 5 de maio de 1981 – Queixa nº 9037/80). Conforme dispõe o nº 3 do artigo 6º da CEDH, a concretização do princípio do processo equitativo em matéria penal depende da observância de uma série de prerrogativas atribuídas ao acusado, em razão das quais tem ele o direito de ser informado no mais curto espaço de tempo, em língua que entenda, da natureza e do conteúdo da acusação contra si formulada (Decisão de 9 de maio de 1977 – Queixa nº 7628/76), de dispor de tempo e dos meios necessários para formular a sua defesa, por si ou por intermédio de defensor escolhido, garantida a assistência judiciária gratuita quando desprovido de condições para remunerar advogado (Relatório de 9 de julho de 1987 – Queixa nº 10594/84, e Decisão de 10 de julho de 1986 – Queixa nº 10871/84), do direito de fazer-se assistir gratuitamente por intérprete quando não compreender ou não falar a língua usada no processo, de se comunicar confidencialmente com o defensor, de produzir prova testemunhal nas mesmas condições deferidas à acusação, de presenciar os debates e contestar todas as provas produzidas perante o tribunal. No que diz respeito ao direito de defesa como expressão do princípio do acesso, o TEDH entende que, no âmbito do processo criminal, o procedimento deve “configurar-se como um *due process of law*, devendo considerar-se ilegítimas, por consequência, quer eventuais normas processuais, quer procedimentos aplicativos delas, que impliquem um encurtamento inadmissível das possibilidades de defesa do arguido” (Acórdãos 61/88, 207/88, 304/88). Em outro aresto assinalou, que “tal processo há-de, por conseguinte, ser um processo equitativo (*a due process of law, a fair process*), que tenha por preocupação dominante a busca da verdade material, mas sempre com inteiro respeito pela pessoa do arguido, o que, entre o mais, exige que se assegurem a este todas as garantias de defesa e que não admitam provas que não passem pelo crivo do contraditório e pela percepção direta e pessoal do juiz (princípio da oralidade e da imediação” (Acórdão 172/92). Sendo certo, contudo, que “no domínio do processo criminal o princípio da igualdade das partes não conduz, necessariamente a um tratamento formalmente simétrico do ofendido e do arguido, bem pode suceder que a concretização das suas garantias de defesa conduza, por vezes, a um tratamento mais favorável do arguido” (Acórdão 611/94). Também considera ofensivo ao direito de acesso a interpretação que admita a utilização, num determinado processo criminal, como prova contra o arguido, de certidão extraída de um outro processo crime (no caso, uma certidão de uma decisão judicial sobre matéria da fato, em que ele não interveio na qualidade de arguido, na qual se dão como provados fatos suscetíveis de integrar ilícito criminal, cuja autoria, nesse documento, se lhe imputa) (Acórdão 172/92).

termos da lei, habilitado para aplicar as normas e precedentes de forma independente e imparcial, e interpretar o direito de forma autônoma⁸³².

Consubstancia o direito de todos a um recurso útil, passível de ser interposto perante uma autoridade judicial, administrativa, legislativa ou privada, com poderes para invalidar ou impedir a concretização de medidas violadoras de direitos fundamentais e civis, e impor a reparação ou compensação dos danos suportados, por intermédio de uma decisão de mérito fundada no direito, eficaz, temporalmente adequada e exigível.

A expressão é igualmente utilizada no plano internacional e comunitário no discurso que enfatiza o auxílio judiciário àqueles que não apresentam condições financeiras suficientes para suportar os custos do processo; na responsabilização dos Estados por danos perpetrados contra estrangeiros resultante da vulneração ao dever internacional de tutela dos estrangeiros; e no debate sobre a progressiva atribuição aos indivíduos da capacidade de postular diretamente a tutela dos seus direitos perante as Cortes e demais Organismos internacionais.

6. As normas de direito internacional conferem a cada Estado uma larga margem de discricionariedade na organização dos seus sistemas de administração da justiça, de maneira a permitir que a concepção de acesso à justiça como o direito a um remédio judicial apto para provocar a decisão de um tribunal independente constituído na forma

⁸³² Recepcionado na maioria dos sistemas jurídicos ocidentais com a denominação “princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (ou da jurisdição), princípio da proteção judiciária, princípio da proteção jurídica e das garantias processuais, princípio do acesso à justiça ou proteção do direito à justiça tem seu conteúdo revelado não só pelas regras internacionais e nacionais positivadas, mas também pela doutrina e prática judicial”. (SILVEIRA, Rubens Curado. *A Imunidade de Jurisdição dos Organismos Internacionais e os Direitos Humanos*. São Paulo: LTR, 2007, p. 42). É catalogado entre os elementos essenciais da Democracia que congrega a garantia de acesso à via judiciária e as prerrogativas que conduzem à conformação de um processo justo e equitativo calcado no princípio do tratamento isonômico das partes, da legalidade dos procedimentos, da imparcialidade do julgador e da fundamentação das decisões judiciais (CANOTILHO, J. J. Gomes In: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 268), que atribuem aos órgãos que o executam, competência para controlar a adequação dos precedentes e a legalidade dos atos legislativos e administrativos, bem como assegurar assistência judicial efetiva e o acesso de todos à proteção judicial em conformidade com o devido processo legal (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Democracia y Derechos Humanos: El Regimen Emergente de la Promoción Internacional de la Democracia y del Estado de Derecho*. In: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Brasília: Sociedade Brasileira de Direito Internacional, nº 91/92, pp. 13-29, jan./jul. 1994, p. 14). Na mesma linha de pensamento, Mário Lúcio Quintão SOARES elenca o princípio da proteção jurídica, as garantias processuais e o princípio do acesso ao judiciário entre os princípios concretizadores do Estado Democrático de Direito ao lado dos princípios da constitucionalidade, da legalidade da administração, da segurança jurídica e da divisão de poderes (In: *Direitos Fundamentais e Direito Comunitário: Por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 112).

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

da lei, receba conotações distintas e consentâneas com a história política e constitucional de cada Nação.

A definição de justiça tende a incorporar natureza mais técnica nas constituições dos Estados que passaram por experiências autoritárias e períodos de violações sistemáticas às liberdades civis, onde é comum confundir-se o significado do termo ‘justiça’ com o de juiz natural, compreendido como tribunal pré-constituído para atender as demandas civis e criminais.

Nos Estados que superaram tais períodos com maior desenvoltura, o termo ‘justiça’ assume um significado que abrange a atividade compositiva de órgãos não jurisdicionais, como as agências reguladoras administrativas e legislativas não dotadas de autonomia. O grau de eficácia, objetividade e imparcialidade da atuação desses organismos tem como parâmetro de aferição a higidez democrática das sociedades nas quais funcionam.

Nesses sistemas, na averiguação do cumprimento da obrigação estatal de viabilizar o acesso ao direito e à justiça, enquanto expressão de um dever supranacional perquire-se se os remédios ou instrumentos disponibilizados são eficazes e se consubstanciam meios eficientes para a administração equânime e imparcial da justiça.

7. Outra indagação que é posta nesse espaço diz respeito à possibilidade de incluir no conceito de justiça as formas alternativas de composição dos litígios, muito difundidas na atualidade, em virtude do aumento da demanda jurisdicional, da onerosidade da movimentação da máquina judiciária e da crescente aversão ao formalismo judicial.

O incremento do recurso a essas vias informais é visto como produto da crise geral do Estado, resultante da ineficiência do aparato burocrático dos órgãos responsáveis pela administração da justiça e da crescente desconfiança do cidadão nos mecanismos estatais de composição dos conflitos, sobretudo, no âmbito do direito de família e das relações obrigacionais; e como resposta aos atuais anseios de celeridade e economicidade que informam os escopos do processo.

7.2. O direito individual de acesso à justiça supranacional.

8. Na ordem jurídica internacional e comunitária a acessibilidade dos indivíduos aos órgãos jurisdicionais supranacionais, durante muito tempo, se aperfeiçoou de forma

indireta. Incumbia aos Estados, por intermédio de representação diplomática, prover e demandar a tutela internacional dos interesses dos seus nacionais⁸³³.

O desenvolvimento progressivo dos direitos humanos no cenário supranacional possibilitou o reconhecimento de direitos e obrigações na ordem jurídica internacional, atribuíveis aos indivíduos e às pessoas jurídicas de direito privado viabilizando a sua responsabilização internacional e capacitando-os, *in abstracto*, para demandarem direitos e obrigações, invocarem a proteção jurídica contra os Estados nacionais diante de condutas violadoras de normas de direito internacional ou comunitário, e vindicarem diretamente aos órgãos jurisdicionais internacionais e comunitários a tutela dos seus direitos contra arbitrariedades⁸³⁴.

9. A capacidade do indivíduo para manejar os remédios internacionais e provocar a tutela jurisdicional supranacional vem se solidificando na ordem jurídica internacional e comunitária como importante indumentária no aperfeiçoamento dos sistemas de proteção aos direitos fundamentais e de composição dos conflitos.

Nesse contexto, uma das primeiras experiências que ganhou notoriedade foi a instituição em 1907 da Corte Centro Americana de Justiça - CCAJ, à qual foi atribuída competência para conhecer e julgar reclamação formulada contra qualquer Estado da América Central, cuja instauração poderia ser provocada por qualquer indivíduo, ao

⁸³³ Para os adeptos da perspectiva dualista, a ordem jurídica internacional é um sistema normativo produzido e alicerçado no consenso entre Estados soberanos sobre e limites objetivos e subjetivos à eficácia das normas internacionais, e a capacidade dos Estados titulares de direitos e obrigações para demandarem a tutela das Cortes internacionais e dos tribunais arbitrais, ressalvada a necessidade do expresse reconhecimento da jurisdição supranacional para a exequibilidade das decisões proferidas (Corrente recepcionada pelo Estatuto do Tribunal Internacional da Justiça (ICJ), que é acessível apenas aos Estados). Antes mesmo da elevação dos direitos humanos ao patamar que hoje ocupam, juristas renomados da estirpe de DUGUIT, SCELLE e KELSEN defendiam uma concepção monista da relação entre os direitos nacionais e a ordem jurídica internacional, atribuindo superioridade às normas supranacionais. O desenvolvimento dessa versão serviu de lastro para a emancipação do indivíduo como sujeito de direito capaz de demandar a proteção dos seus prerrogativas a nível internacional, e para a visualização da ordem jurídica supranacional como produto de um processo de contínua adaptação, no qual os seres humanos são concebidos como partícipes ativos da gestão social e não como meros subordinados à autoridade da lei.

⁸³⁴ Quando a capacidade de postular a proteção jurídica é fundada em normas convencionais que tratam de Direitos Humanos, consolida-se como direito concreto de acesso aos remédios e vias judiciais internacionais de proteção aos direitos humanos. A Corte Internacional de Justiça já reconheceu o direito individual dos estrangeiros acusados da prática de condutas criminosas à ajuda consular, independente do direito estadual paralelo de exercer proteção diplomática. (LIMA JÚNIOR, Jayme Bevenuto. O Acesso à Justiça Internacional em Matéria de Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais. In: GOMES NETO. José Mário Wanderley (Coord.). *Dimensões do Acesso à Justiça*. Salvador: Juspodivm, Coleção Temas de Processo Civil, pp. 111-132, 2008).

qual era assegurando intervir e participar de processos instaurados a requerimento de terceiros.

Embora tenha atuado por apenas dez anos e centrado sua atividade no tratamento aos estrangeiros, a CCAJ teve importante papel na modernização dos sistemas supranacionais de proteção dos direitos, nomeadamente, na passagem do paradigma puramente intergovernamental para o modelo que valorizava o acesso direto dos indivíduos às vias judiciais supranacionais de composição de litígios.

A superação da tradicional exigência do endosso do Estado de nacionalidade do reclamante como requisito para admissibilidade da demanda individual, além de ter representado um grande avanço para a época, mormente numa região onde a ideia de soberania nacional sempre desempenhou papel crucial nas relações internacionais, serviu de inspiração, no âmbito das Comunidades Europeias, para a abertura do TJCE às reclamações formuladas pelos indivíduos e pessoas jurídicas de direito privado.

10. Destacam-se como exemplos remotos de acesso direto dos indivíduos a mecanismos internacionais de composição de litígios, a atribuição de competência à Corte Internacional contemplada pela Convenção XII de Haia, de 1907, nunca ratificada, e aos Tribunais Arbitrais instituídos para apreciarem os pleitos de compensação de guerra, pelo artigo 304, do Tratado de Versailles, para julgarem as reclamações formuladas por cidadãos dos países aliados com o objetivo de impor à Alemanha a obrigação de reparar os danos patrimoniais suportados em razão da imposição de medidas excepcionais ao direito de propriedade e ao cumprimento de contratos concluídos antes da vigência do Tratado.

A jurisprudência dos Tribunais Arbitrais contribuiu para a fixação dos critérios para delimitação da competência de foro, contudo, a complexidade e os custos dos procedimentos, e as divergências acerca da solução para algumas questões processuais, findaram por desestimular a utilização do modelo no pós-segundo grande conflito, quando se optou por um modelo que não privilegiou a capacidade do indivíduo para postular diretamente a reparação dos danos decorrentes de atos de guerra.

11. Ao término do Primeiro Conflito Mundial, a Convenção sobre a Silésia Superior admitiu que particulares, independente da nacionalidade, deduzissem reclamações contra os Estados demandando a tutela de direitos adquiridos, e garantiu aos membros das minorias formularem demandas perante uma Comissão Mista.

Esse sistema de proteção das minorias, encapado no âmbito da Liga de Nações, implicava, também, no reconhecimento do direito dos indivíduos de apresentarem petições perante os Escritórios de Minorias Nacionais, os quais podiam instaurar ou não, com base nas queixas recebidas, procedimentos perante a Comissão Mista sobre Minorias, admitindo-se, conforme a decisão adotada, recurso para o Conselho da Liga de Nações.

Os Artigos 75 e 78 do Tratado de Paz que encerrou as hostilidades da 2ª Guerra Mundial limitaram a admissão das demandas, aos pleitos de restituição formulados no interesse de cidadãos dos Estados integrantes das Nações Unidas. No sistema chancelado, somente ao Estado postulante era reconhecida a prerrogativa de encampar ou não a reclamação individual instaurada perante uma Comissão de Conciliação.

12. Com a instituição da ONU, o Tribunal Internacional de Justiça encabeçou a estrutura protetiva dos direitos humanos fundamentais, edificada a partir da elaboração da Carta das Nações Unidas, com competência para emitir decisões obrigatórias e exequíveis por intermédio de medidas adotadas pelo Conselho de Segurança.

O sistema internacional de proteção dos direitos humanos passou a ser estruturado em um complexo normativo que respaldam a proteção judiciária como expressão do acesso dos Estados à jurisdição internacional, sempre que invocada a violação ou afronta ao conteúdo da Carta da ONU, das decisões normativas dos seus órgãos, ou mesmo das regras de direito internacional reconhecidas no espaço supranacional.

A DUDH, no seu artigo 10º chancelou o direito de acesso equitativo à justiça, revelando-o, segundo a doutrina tradicional, como fonte inspiradora para outras normas que integram o sistema protetivo dos direitos humanos na órbita internacional⁸³⁵. É o

⁸³⁵ Conquanto ainda não resolvida a discussão sobre a natureza das normas da DUDH e o seu reflexo nos ordenamentos domésticos e comunitários, a tendência hodierna é no sentido de atribuir-lhes importância destacada, a exemplo do que se observa em Portugal, onde o próprio texto Constitucional qualifica a DUDH como estatuto “dotado de valor jurídico supranacional” (art. 16, nº 2) passível de prevalecer inclusive sobre preceitos constitucionais. A atribuição desse caráter transnacional ou supraconstitucional aos princípios encartados na DUDH tem incentivado a consolidação da doutrina garantista que professa serem os direitos por ela consagrados impostergáveis e capazes de subsistir independentemente da constitucionalização dos seus conteúdos. Em Portugal, Paulo OTERO, tratando-os como referenciais axiológicos para todas as normas que versem sobre direitos fundamentais, defende que na atividade de interpretação deve prevalecer sempre aquela que melhor se adequar ao texto da DUDH, inclusive no processo de densificação dos conceitos jurídicos indeterminados (Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: A Inconstitucionalidade de Normas Constitucionais. In: *Revista o Direito*. Lisboa: Almedina, 1990, p. 613 e 619).

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

que se infere do artigo 6º da CEDH, do artigo 47 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, do art. 14, n. 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do art. 8º da Convenção Interamericana dos Direitos do Homem.

13. Nesses Textos, o direito de acesso à justiça materializa-se como emanção da garantia do processo equitativo de onde é possível extrair outras emanções como o direito a um juiz natural e imparcial, ao patrocínio gratuito, à prestação da tutela jurisdicional sem dilações indevidas, à publicidade e ao contraditório.

A estabilização do movimento de promoção do acesso à justiça pela via do processo equitativo também teve por fundamento o fenómeno da internacionalização das garantias fundamentais do processo⁸³⁶, enquanto reflexo da entronização do indivíduo como fim derradeiro do direito e destinatário último da proteção nacional e internacional, ao qual se deve assegurar a prerrogativa de demandar diretamente, inclusive perante as Cortes Supranacionais, a tutela dos seus direitos⁸³⁷.

Normatizado no plano supraestatal, é revelado como direito de acesso aos tribunais e direito ao justo processo e assume “relevância qualificada à medida que assegura a própria realização dos demais direitos fundamentais”⁸³⁸ e a concretização dos princípios democráticos que informam e conferem consistência ao moderno Estado de direito, vinculando-o a obrigação de promover o respeito às liberdades e direitos mediante a disponibilização aos indivíduos de mecanismos capazes de viabilizarem, em igualdade de condições e em toda sua plenitude, a tutela dos seus direitos e interesses⁸³⁹.

14. A sua realização no plano externo não é condicionada à cooperação do Estado de nacionalidade do indivíduo afetado pela ofensa ao direito, nem a existência de sistema protetivo internacional suplanta ou isenta os sistemas nacionais da obrigação de garantir àqueles que tiverem seus direitos violados, invocarem e demandarem a tutela jurisdicional.

⁸³⁶ GREMENTIERI, Valerio. La Garanzie Internazionale del Processo Civile. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Guiffre, 1969, p.577.

⁸³⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira da. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 17; e MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, vol. 4, 2000, p. 10.

⁸³⁸ DUARTE, Ronie Preuss. *Garantia do Acesso à Justiça – Contributo para um Fundamento Constitucional do Processo Civil*. Lisboa: Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito. Dissertação de Mestrado em Ciências jurídicas, 2001/2002, p.71.

⁸³⁹ J. J. Gomes CANOTILHO pondera que “do princípio do Estado de Direito deduz-se, sem dúvida, a exigência de um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do Direito” (In: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 255).

No ocidente, em qualquer cenário, o acesso à proteção judicial é atrelado à garantia de que o processo se desenvolva de forma justa e equitativa, de modo a que os litigantes se portem de maneira equilibrada e em conformidade com os ritos concebidos como vias aptas para o alcance de decisões justas e eficazes.

A garantia de tratamento equitativo revela-se como expressão do contraditório e da paridade de armas⁸⁴⁰, e se materializa na faculdade conferida a cada parte para expor, de forma razoável e de acordo com as condições previamente estabelecidas, as suas pretensões perante um tribunal, sem privilégios de qualquer ordem.

Independência e imparcialidade constituem pressupostos irrenunciáveis do válido exercício da função jurisdicional e dizem respeito à capacidade dos órgãos que a desempenham para se posicionarem imunes a qualquer tipo de interferências, de forma a prevalecer, em qualquer circunstância, o interesse da administração da justiça⁸⁴¹.

7.3. O acesso à justiça como um direito de estrangeiros.

15. Antes da consolidação do atual sistema de proteção dos direitos fundamentais idealizado na sequência dos acontecimentos deflagrados na primeira metade do século vinte, o discurso sobre o direito individual de acesso à justiça no plano externo era focado, principalmente, no contexto da responsabilização estatal por danos a estrangeiros.

Ao estrangeiro prejudicado por violações perpetradas por agentes estatais, permitia-se invocar as regras usuais sobre o tratamento de imigrantes e demandar a reparação dos danos suportados perante os tribunais ou órgãos administrativos nacionais. Na hipótese da falta ou da impropriedade dos remédios locais disponibilizados, ao mesmo era facultado buscar a proteção diplomática do seu Estado.

O direito de acesso à justiça, nesse contexto, integrava o complexo sistema internacional de proteção diplomática da garantia de reparação ao estrangeiro por atos danosos perpetrados por Estado diverso da sua nacionalidade, cuja admissibilidade

⁸⁴⁰ REID, Karen. *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*. London: Sweet & Maxwell, 2012, p. 100.

⁸⁴¹ QUILLERE-MAJZOU, Fabienne. *La Defense du Droit à un Process Equitable*. Bruxelles: Bruylant, 1999, p. 45-50. O conceito de independência vincula-se à ideia de imparcialidade enquanto poder/dever do julgador de analisar a causa, sem prejulgamentos ou ideias pré-concebidas, sem reportar-se a elementos não relacionados com o objeto do litígio, nem atuar de forma submissa a qualquer outra autoridade, sobretudo, no que diz respeito aos modos de investidura, designação e movimentação e ao tempo de duração dos mandatos.

dependia do esvaziamento prévio dos remédios jurídicos previstos no ordenamento do Estado onde o pretensão dano teria se concretizado.

Independentemente do direito em jogo, o Estado não se vinculava aos termos da reclamação individual, a decisão de encampar ou não a demanda particular resultava de um juízo político de oportunidade e conveniência, as questões alusivas aos danos suportados eram postas num patamar secundário aos presuntivamente sofridos pelo Estado. Em qualquer hipótese, a reclamação governamental só tinha trânsito enquanto o beneficiário da proteção diplomática continuasse qualificado como nacional do Estado que promoveu a queixa⁸⁴².

16. Embora não disciplinem o direito individual de acesso à justiça internacional, as normas clássicas sobre o tratamento dos estrangeiros atribuem aos Estados o dever de disponibilizar-lhes o acesso direto aos instrumentos domésticos de tutela jurisdicional, enquanto expressão da responsabilidade internacional dos Estados de promoverem o tratamento justo e equitativo dos estrangeiros.

Constitui denegação de justiça a recusa de qualquer Estado em possibilitar aos estrangeiros que estejam em seu território o acesso gratuito aos tribunais instituídos, quando, nas mesmas circunstâncias, aos nacionais seria assegurado idêntico direito⁸⁴³.

Para que um Estado possa ajuizar reclamações diplomáticas com o objetivo de proteger os seus nacionais e apresentar queixa formal perante um tribunal internacional com o mesmo desiderato é necessário que tenha esgotado os meios disponibilizados para acesso aos Tribunais domésticos, desde que tais vias judiciais não se apresentem

⁸⁴² A Corte Permanente de Justiça no caso das *Concessões na Palestina* decidiu que, ao tomar para si a reclamação ordenando ações diplomáticas e judiciais em seu próprio nome, o Estado está, em verdade, afirmando o seu próprio direito de demandar o respeito às normas internacionais.

⁸⁴³ Essa posição foi chancelada pelo Comitê Jurídico Interamericano em Relatório lançado em 1961, no qual foi consignado que a obrigação do Estado, no que respeita à proteção judicial, será considerada atendida à medida que disponibilize aos estrangeiros acesso aos tribunais nacionais e aos remédios legais essenciais para implementar os seus direitos. O exercício do direito de acesso à justiça por estrangeiro não é limitado à disponibilização de mecanismos judiciais de natureza civil ou administrativa, abrange também a prerrogativa de provocar e acompanhar procedimento penal instaurado para apurar e punir os crimes dos quais foi vítima. Todo Estado tem o dever de assegurar a apuração e a punição eficazes, por órgãos competentes, dos responsáveis por ações criminosas assacadas contra estrangeiros, bem como garantir-lhes o direito de intervir no processo criminal e de postular a reparação dos danos suportados em razão da conduta delitiva. Isto implica, *a fortiori*, na obrigação do Estado de abster-se de adotar medidas que isentem a responsabilidade das pessoas ou órgãos que cometeram ofensas contra estrangeiros. A prática de ações pré-ordenadas com o objetivo de anistiar ou aliviar a responsabilidade do ofensor constitui denegação de justiça capaz de ensejar a responsabilização do Estado por violação à ordem internacional.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

fragilizadas por mecanismos discriminatórios disfarçados em expedientes protelatórios, ou em exigências que tornem deficiente a materialização do devido processo legal.

Em outras palavras, é indispensável que no plano interno haja efetiva disponibilidade de um sistema de justiça equitativa, imparcial e eficaz habilitado para produzir um título jurisdicional válido, pessoal e exequível em um contexto territorial determinado.

17. A efetividade do remédio disponibilizado, tem a ver com a edificação de um modelo de administração de justiça equânime e eficaz, fixado em harmonia com as normas internacionais e os princípios gerais sobre o tratamento deferido aos estrangeiros.

Não é suficiente que o Estado viabilize a desobstrução e abertura dos seus tribunais às reclamações formuladas por estrangeiros, exige-se a garantia de que o processo idealizado para assegurar a efetividade dos direitos demandados se desenvolva de acordo com regras previamente estabelecidas, e se aperfeiçoe apto para produzir medidas legalmente eficazes e habilitadas para atender às pretensões do ofendido.

O procedimento adotado e a decisão eleita pelo tribunal não podem se aperfeiçoar de maneira a afrontar norma local ou configurar afronta a obrigações decorrentes dos tratados ou convenções do qual o Estado faça parte, nem se desenvolver em desconformidade com a noção de justiça que norteia as prerrogativas jurídicas dos estrangeiros. Haverá denegação de justiça quando se verificar atraso injustificado ou obstrução do acesso aos tribunais locais, e deficiências na condução do processo judicial e na adoção de providências consideradas essenciais à administração da justiça.

7.4. A edificação de novos paradigmas de acessibilidade a mecanismos de composição de conflitos civis no plano supranacional.

18. A consagração do direito de acesso individual a remédios internacionais, embora frequentemente relacionada com o problema da efetivação dos direitos humanos, irradiou-se para outras expressões do direito privado.

A Convenção Bancária Mundial instituiu órgãos judicialiformes, como o Centro Internacional de Resolução de Conflitos sobre Investimentos, com atribuições para recepcionar e deliberar acerca das reclamações individuais ou coletivas fundadas em interesses privados.

Também no âmbito mercantil, não é vedado o acesso direto de indivíduos e corporações às instituições internacionais idealizadas para solverem litígios específicos, como o Tribunal Internacional de Arbitragem de Haia e a Câmara de Comércio Internacional de Paris, que oferecem a possibilidade de composição institucionalmente supervisionada e com base nas regras de arbitragem utilizadas pela Comissão das Nações Unidas sobre a Lei Comercial Internacional.

Essas instâncias, embora não integrem um sistema jurisdicional, interpretam o ordenamento internacional em vigor e produzem jurisprudência impactante no desenvolvimento dos princípios e critérios que viabilizam a acessibilidade direta de indivíduos e corporações à justiça internacional.

19. Outro modelo inovador de admissibilidade a nível internacional de reclamações individuais é o consagrado na Comissão de Compensação das Nações Unidas, instituída pela Resolução de Conselho de Segurança nº 692, que, embora não possa ser qualificada como órgão jurisdicional ou arbitral, tem atribuição para decidir reclamações com base em regras e princípios chancelados pelo direito internacional e nas decisões de caráter normativo do Conselho de Segurança.

Nos termos da Resolução, as reclamações individuais têm trânsito sem a necessidade da sua 'transformação' em reclamações estaduais, salvo, quando em virtude da conveniência e dos custos, são apresentadas por Estados, assumindo a posição de 'agentes' dos demandantes privados⁸⁴⁴.

Ao desempenhar suas funções, a Comissão de Compensação introduziu algumas inovações no sentido de admitir a intervenção no processo de compensação, pela intermediação do Secretário Executivo, de indivíduos e grupos que na ocasião da propositura da demanda não tinham condições de confiar a um Estado nacional a apresentação das suas reclamações, e de permitir o trânsito de reclamações endossadas por um Estado em favor de nacional de outro Estado, ou formuladas diretamente por pessoas que não conseguiram o endosso governamental às suas pretensões.

7.5. Formas de expressão do direito de acesso à justiça no plano regional.

⁸⁴⁴ Este modelo não se confunde com o de proteção diplomática, em que o Estado afirma o seu próprio direito e o indivíduo, mesmo como principal ofendido, figura como beneficiário indireto da proteção.

20. No âmbito do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) a construção jurisprudencial caminhou no sentido de consolidar a sua competência para examinar a compatibilidade e conformidade dos atos normativos expedidos pelos Estados-Membros com o catálogo de direitos fundamentais consagrados na CEDH⁸⁴⁵, em cooperação com as Cortes Nacionais.

Qualquer pessoa tem a prerrogativa de provocar a tutela jurisdicional do TJCE demandando a proteção contra atos normativos e regulamentares de qualquer Estado-Membro, lesivos ou potencialmente ofensivos a direitos fundamentais que titularize. A tramitação de processo perante a Corte Comunitária e a existência de pronunciamento definitivo dos seus Órgãos julgadores não inibe o conhecimento e a apreciação de demanda semelhante ventilada perante os Tribunais Constitucionais Nacionais ou junto ao TEDH.

A partir do Acórdão Proferido em 12.11.1969, no *Caso Stander v. Cidade de Ulm*, o TJCE recepcionou a tese de que o conceito de direito encartado no artigo 164º do Tratado, incorpora o de direitos fundamentais, de modo a possibilitar a identificação, no Texto do Tratado, de um elenco não explícito de direitos dotados de fundamentalidade, equiparado aos catálogos chancelados nas Cartas Constitucionais dos Estados-Membros, aptos para servirem de parâmetro de validade aos atos jurídicos formalizados pelo Conselho e pela Comissão Europeia.

A jurisprudência do TJCE pauta-se no entendimento de que a proteção desses direitos figura entre os princípios gerais do direito comunitário e deve ser assegurada com base na estrutura e objetivos da Comunidade, nas tradições Constitucionais comuns aos Estados-Membros e nos princípios consolidados nos instrumentos internacionais relativos à proteção dos direitos humanos aos quais tenha manifestado adesão ou participado na elaboração, sobretudo, a CEDH⁸⁴⁶.

⁸⁴⁵ Cf.: Acórdãos proferidos nos processos C-260/89 de 18.6.91; C-159/90, de 04.10.91, C-2/92, de 24.3.94; e, ainda: ALMEIDA, José Carlos Moitinho de. La Protección de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. In: IGLESIAS, Gil. C. R. e NOGUERAS, D. J. Lian (Coords.). *El Derecho Comunitario Europeo y su Aplicación Judicial*. Granada: Civitas e Consejo General del Poder Judicial – Universidad de Granada, 1993.

⁸⁴⁶ Cf. Acórdãos de 12.11.1969 – *Stander v. Cidade de Ulm*; de 17.12.1970 – *Internationale Handelsgesellschaft c. Einfuhr und Vorratsstelle Getreide* (Proc. 11/70); de 14.5.74 – *Nold c. Comissão* (Proc. 4/73); e de 13.12.79 – *Haner c. Landa da Renânia* – *Platinado* (Proc. 44/79).

21. No espaço europeu, o enunciado do acesso à justiça materializa-se como direito a um processo equitativo, positivado no artigo 8º da CEDH, cujo principal órgão de interpretação/aplicação é o TEDH.

Apesar de não figurar como signatária da Convenção, a União Europeia submete-se à Carta dos Direitos Fundamentais e, não raro, é afetada pela jurisprudência do TEDH e do TJCE que, para além de reconhecer normas de Direitos Fundamentais na legislação Comunitária, interpreta e aplica normas da CEDH.

Os direitos fundamentais são concebidos como “parte integrante dos princípios gerais que se inspiram nas tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros, bem como nas indicações fornecidas pelos instrumentos internacionais relativos à proteção dos direitos do homem em que os Estados-Membros colaboraram ou a que aderiram”⁸⁴⁷.

A União Europeia estabeleceu uma Carta de Direitos Fundamentais que, a despeito de não ter sido reconhecida como diploma dotado de força executiva, congregou um conjunto normativo cujo teor, juntamente com o da CEDH, exerceu forte influência nas Cortes dos países integrantes da União.

O seu conteúdo foi incorporado pelo Tratado de Lisboa transformando o juiz nacional em verdadeiro ‘autenticador’ das normas, à medida que, “ao aplicar uma lei nacional, lhe confere um brevê de conformidade com a Convenção, e ao se recusar a aplicá-la, erige-se no papel de guardião de uma norma superior: os Direitos do Homem”⁸⁴⁸.

22. Na conjuntura internacional e comunitária europeia, o acesso à justiça revela-se como garantia da proteção judiciária, expressão do princípio do primado do Direito, e direito instrumental relacionado com as condições e ao modo de exercício da atividade jurisdicional e com a garantia de um processo justo e equitativo.

⁸⁴⁷ SOUSA, Aiston Henrique de. A Garantia do Acesso à Justiça na Corte Interamericana de Justiça e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. In: *Relatório da Disciplina Direitos Fundamentais no Curso de Doutorado em Ciência Jurídicas*. Lisboa: Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, 2006.

⁸⁴⁸ Paul LOMBARD e Jean-François BURGELIN, tratando especificamente do modelo francês, assinalam que o sistema evoluiu “de uma concepção declarativa a uma concepção prática dos direitos do cidadão. Esta evolução é devida à incorporação progressiva no sistema francês (...), dos direitos e princípios contidos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem tal qual são interpretados pela Corte de Estrasburgo. Sua jurisprudência se apoia sobre uma concepção pragmática das liberdades individuais calcada mais no modelo anglo-saxão do que na concepção francesa. Na Europa, é o julgador, e não o legislador, o protetor do indivíduo” (Tradução Livre). (In: *Le Procès de la Justice*. France: Plon, 2003, p. 60 e 69-70).

A sua efetivação é problemática nos sistemas domésticos de proteção dos direitos fundamentais, nomeadamente, em razão da difícil harmonização das atividades jurisdicionais nacionais e supranacionais; do carácter subsidiário que informa o funcionamento das jurisdições internacionais e comunitárias; e da exigência da exaustão dos recursos internos como requisito essencial para admissibilidade das reclamações dirigidas às Cortes supranacionais.

23. No espaço europeu, a CEDH⁸⁴⁹, para além de recepcionar o princípio da margem de apreciação, que faculta aos Estados a eleição das providências que melhor se adequam as suas possibilidades para cumprirem os fins convencionais, concebeu o TEDH como órgão jurisdicional independente, e não equiparável a uma instância recursal de reapreciação das decisões adotadas internamente pelos órgãos jurisdicionais.

Essa conformação viabilizou o posicionamento do cidadão como sujeito de direitos substanciais e processuais no plano regional, consolidando o direito de acesso à justiça como elemento essencial à proteção dos direitos fundamentais pela via judiciária, tanto no âmbito interno como no espaço abrangido ordem jurídica internacional⁸⁵⁰.

O acesso à justiça é garantido aos indivíduos singulares e aos grupos de particulares e às organizações não governamentais que se posicionem como vítimas de violações perpetradas por quaisquer dos Estados-Membros, aos direitos consagrados na Convenção e seus Protocolos (Artigo 31 da CEDH).

A admissibilidade das postulações é condicionada à comprovação, por parte do postulante, do ajuizamento dos recursos disponibilizados pelo sistema jurídico interno

⁸⁴⁹ Consolidada a partir da jurisprudência evolutiva do TEDH, a CEDH estabilizou-se como ‘instrumento vivo’ a demandar uma interpretação especial dos direitos e obrigações que encarta, com o objetivo de revelar-se como Diploma que, para além de estabelecer direitos para os Estados, tem a finalidade precípua de proteger os direitos dos cidadãos. Cf.: SOUSA, Aiston Henrique de. A Garantia do Acesso à Justiça na Corte Interamericana de Justiça e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. In: *Relatório da Disciplina Direitos Fundamentais no Curso de Doutorado em Ciência Jurídicas*. Lisboa: Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, 2006, p.11.

⁸⁵⁰ No Tribunal Internacional de Justiça é vedado o acesso direto dos cidadãos à Comissão para formular queixas ou reclamações. No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, originariamente não havia previsão permissiva expressa para o indivíduo provocar diretamente a tutela jurisdicional com a edição do Regulamento de 2000, foi assegurada a participação das partes em todo o percurso processual e no sistema regional de justiça com todas as garantias que lhe são inerentes como a paridade de armas e o contraditório (TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Fabris, vol. 3, 2003, p. 98).

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

perante os órgãos jurisdicionais domésticos. Somente o insucesso nas vias nacionais autoriza a provocação da Corte Supranacional⁸⁵¹.

Na atual formatação, é conferida “ao indivíduo a liberdade de escolher entre o procedimento internacional e o procedimento regional de proteção dos direitos humanos, bem como o critério de primazia da norma mais favorável a vítima, seja ela de abrangência internacional, regional ou nacional, princípio esse que se aplica à generalidade dos direitos protegidos no âmbito internacional”⁸⁵².

23. No plano de incidência da CEDH, as obrigações assumidas pelos Estados que a ela aderiram são basicamente de natureza objetiva e fundadas na proteção dos direitos fundamentais⁸⁵³. Ao contrário do que se observa nos tratados internacionais do tipo clássico, a Convenção criou obrigações objetivas dotadas de garantias coletivas⁸⁵⁴.

Ao se sujeitar aos termos da Convenção, o Estado assume deveres para com os indivíduos sob sua jurisdição, independentemente da sua nacionalidade, de modo a permitir a consolidação de um regime objetivo que exige o recurso a técnicas interpretativas que maximizem a proteção do indivíduo frente ao Estado.

A CEDH confia “em primeiro lugar a cada um dos Estados contratantes assegurar a efetividade dos direitos e liberdades que consagra”⁸⁵⁵, incumbindo-lhes prover a proteção jurídica e a defesa dos cidadãos, instituindo órgãos judiciais e procedimentos adequados para a tutela dos seus direitos, e possibilitando apoio e assistência judiciária a fim de impedir que fatores econômicos obstaculizem o acesso ao aparato jurisdicional ou sirvam de bloqueio à realização plena do princípio da paridade de oportunidades⁸⁵⁶.

Nos termos da Convenção, cada Estado tem o dever de proporcionar aos seus jurisdicionados um recurso judicial efetivo contra os atos violadores dos direitos

⁸⁵¹ O acesso direto só foi possível a partir do Protocolo nº 9, reforçado pelo de nº 11, que aniquilou a Comissão Européia de Direitos Humanos como filtro de admissibilidade das demandas lançadas ao Tribunal. (MILANO, Laure. *Le Droit à um Tribunal au sens da La Convention Européenne de Droits de L’Homme*. Paris: Dalloz, 2006, p. 3).

⁸⁵² SOUSA, Aiston Henrique de. A Garantia do Acesso à Justiça na Corte Interamericana de Justiça e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. In: *Relatório da Disciplina Direitos Fundamentais no Curso de Doutorado em Ciência Jurídicas*. Lisboa: Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, 2006, p. 14.

⁸⁵³ Áustria c. Itália (1961).

⁸⁵⁴ Irlanda c. Reino Unido (1978) e Soering c. Reino Unido (1989).

⁸⁵⁵ CALLEWAERT, John. La Convention Européenne des Droits de L’Homme entre Effectivité et Prévisibilité. In: *Les droits de l’homme au seuil du troisième millénaire*. Melanges em hommage à Pierre Lambert. Bruxelles: Bruylant, pp. 93-108, 2000, p.104.

⁸⁵⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 501.

reconhecidos e recepcionados pelas normas pactícias, pelas Constituições e demais textos normativos. É necessário que o meio disponibilizado se revele efetivo, ou seja, materialize-se formalmente admissível e idôneo para produzir a tutela jurisdicional pleiteada.

Compete-lhes, ainda, garantir o cumprimento das disposições convencionais, observando os seus efeitos próprios no plano dos respectivos ordenamentos jurídicos, não só relativamente às disposições substantivas que incorporam direitos fundamentais, mas, principalmente, com relação às normas processuais formuladas para assegurar a eficácia da proteção internacional.

24. No espaço europeu, em virtude do caráter aberto do conceito de direito de acesso à justiça, os enunciados e precedentes que o materializam são submetidos a tratamentos jurídicos diferenciados de acordo com cada situação concreta em que sejam ventilados⁸⁵⁷, de forma a possibilitar que a identificação do seu conteúdo e extensão se faça por derivação de outros direitos e garantias cuja concretização revele-se essencial à sua efetivação.

Devido às inúmeras possibilidades interpretativas que o direito de acesso proporciona, o TEDH tem fixado nos seus julgados, diretrizes com o objetivo de evitar que a delimitação do seu teor e alcance, em cada situação concreta, possa provocar o reconhecimento de novos direitos, para cuja concretização os Estados não estejam devidamente aparelhados⁸⁵⁸.

A Corte, no julgamento do caso Airey, transformado em *Leading Case*, reconheceu o caráter prestacional do direito de acesso à justiça, firmando entendimento no sentido de que a sua concretização requer a existência de uma estrutura judiciária apta para prestar a tutela jurisdicional plena, e o respeito ao direito à assistência

⁸⁵⁷ Aiston Henrique de SOUSA pontifica que “os conceitos de acesso à justiça e direito a um tribunal caracterizam-se pela existência de várias garantias inerentes a esse direito que se expressam em conceitos indeterminados, nos variados textos que tratam do direito de acesso à justiça” (In: A Garantia do Acesso à Justiça na Corte Interamericana de Justiça e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. In: *Relatório da Disciplina Direitos Fundamentais no Curso de Doutorado em Ciência Jurídicas*. Lisboa: Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, 2006, p. 27).

⁸⁵⁸ Entende-se que “a heterogeneidade dos níveis de desenvolvimento econômico, social, político e democrático de diferentes Estados-Membros da Convenção constitui um limite à extensão do catálogo convencional de direitos fundamentais”. (SOUSA, Aiston Henrique de. A Garantia do Acesso à Justiça na Corte Interamericana de Justiça e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. In: *Relatório da Disciplina Direitos Fundamentais no Curso de Doutorado em Ciência Jurídicas*. Lisboa: Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, 2006, p. 30).

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

judiciária nas situações em que se exija a presença de advogado, e nos casos fundados em questões complexas que demandem alta indagação⁸⁵⁹.

Com esse formato, a sua concretização tem a ver com a promoção da proteção jurídica pela via do processo judicial, enquanto espaço no qual as partes possam deduzir as suas pretensões, produzir provas e provocar a emissão de uma decisão judicial vinculante, proferida por órgão independente e imparcial, passível de ser executada.

25. Na CEDH a expressão direito a um processo equitativo designa o direito de acesso à justiça em suas três acepções, a de ‘direito de acesso a um tribunal’ que qualifica a faculdade de agir como expressão do primado do direito; a de direito de admissão a um Tribunal, que incorpora o direito formal de propor ou contestar uma ação regularmente ajuizada; e a de direito de acesso a uma ordem jurídica justa, enquanto objetivo primordial da ordem jurídica internacional, que aproxima as dimensões adjetivas e substantivas (processuais e substanciais) do processo de concretização dos direitos (e das normas), e o estabiliza como mecanismo que possibilita a proteção plena e eficiente dos direitos fundamentais consagrados nas normas convencionais⁸⁶⁰.

Em qualquer das suas expressões, resulta em obrigações estatais positivas no sentido de serem adotadas providências legislativas e administrativas para que as pretensões e os conflitos possam ser examinados por órgãos ou instituições independentes e imparciais.

Enquanto prerrogativa de natureza substancial, serve à reafirmação do princípio do primado do direito que informa os regimes democráticos, se materializa como expressão do interesse majoritário, e revela-se como garantia fundamental cuja eficácia e efetividade constituem pressupostos para a concretização dos demais direitos fundamentais⁸⁶¹.

⁸⁵⁹ VELU, Jacques e ERGEC, Rusen. *La Convention Européenne des Droits de L’Homme*. Bruxelles: Bruylant, 1990, p. 404.

⁸⁶⁰ Laure MILANO pontua que o entendimento da Corte é no sentido de que o modo como o processo é conduzido e de como as partes e interessados se portam no percurso da relação processual influencia e repercute nas questões de direito substancial em causa (Laure. *Le Droit a un Tribunal au sens de la Convention Européenne des Droits de L’Homme*. Paris: Dalloz, 2006, p. 15). Cf.: McMichael c. Reino Unido.

⁸⁶¹ Com essa conotação “caracteriza-se por ser um *status activus processualis*, porque exige que o Estado estructure os órgãos judiciais necessários a garantir a participação dos cidadãos nas decisões de ordem pública, revelando-se, ao mesmo tempo, como um direito garantístico, na medida em que se estabelece uma limitação à atuação do Estado que restrinja o direito de acesso à justiça, mas também prestacional,

No sentido processual materializa-se como direito a um processo justo e equitativo⁸⁶², operacionalizado de forma eficiente, célere e racional, por órgãos jurisdicionais ou não, independentes e imparciais, capazes de garantir aos litigantes um tratamento igualitário.

26. Conquanto o artigo 6º, §1º da CEDH não incorpore previsão literal do direito de ação como instrumento de acesso a um tribunal⁸⁶³, o TEDH entende que o seu conteúdo assegura a todos o direito de ter qualquer reivindicação que se relacione com os seus direitos e obrigações de caráter civil, apreciada por um tribunal⁸⁶⁴, de forma a que cada indivíduo tenha “o poder de exigir do Estado o fornecimento dos meios para o acesso ao direito, a um tribunal e a um processo justo”⁸⁶⁵ e célere⁸⁶⁶.

O conceito de tribunal no sentido da CEDH é autônomo e abrange qualquer órgão que exerça na estrutura administrativa estatal função destinada a garantir o contraditório sobre direitos e obrigações de caráter civil⁸⁶⁷. O direito a um tribunal, enquanto aspecto da garantia do acesso à justiça concretiza-se com a disponibilização de

tendo em vista que se exige do Estado atuação ativa e efetiva para implementá-lo e transformá-lo em realidade”. No plano internacional é recepcionado com um sentido autônomo de modo a afetar as decisões administrativas sobre direitos subjetivos. “Exige-se que a garantia do acesso à justiça seja ampla, no seu sentido prestacional, para impor aos Estados e incluir nos sistemas de proteção judicial todas as pessoas. Essa garantia se realiza principalmente por duas medidas: a simplificação de procedimentos de modo que as partes possam, pessoalmente, defender seus direitos perante os tribunais ou mediante a instituição e ampliação dos serviços de assistência judiciária” (SOUSA, Aiston Henrique de. A Garantia do Acesso à Justiça na Corte Interamericana de Justiça e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. In: *Relatório da Disciplina Direitos Fundamentais no Curso de Doutorado em Ciência Jurídicas*. Lisboa: Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, 2006, pp. 63 e 64).

⁸⁶² Affaire Golder c. Royaume-Uni (1975).

⁸⁶³ BERGER, Vincent. *Jurisprudence de la Court Européenne de Droits de L'Homme*. Paris: Sirey, 1998, p. 163.

⁸⁶⁴ Apesar de revelar-se como aspecto crucial no plano da proteção dos direitos fundamentais no âmbito do Tribunal Internacional de Justiça, a denegação do acesso à justiça pelos Órgãos Estatais não constitui objeto habitual nas demandas nele ajuizadas.

⁸⁶⁵ Aiston Henrique de SOUSA pondera que em conformidade com essa orientação, o Estado deve ocupar-se com a concretização da proteção judiciária adotando “soluções efetivas de alargamento do acesso, com políticas que façam com que os órgãos de administração da justiça estejam mais próximos da população, com mecanismos de acolhimento dos conflitos com características especiais” (In: A Garantia do Acesso à Justiça na Corte Interamericana de Justiça e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. In: *Relatório da Disciplina Direitos Fundamentais no Curso de Doutorado em Ciência Jurídicas*. Lisboa: Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, 2006, p. 38).

⁸⁶⁶ O Tribunal tem utilizado como critérios para a ponderação da razoabilidade do período decorrido para a prestação da tutela jurisdicional efetiva, as circunstâncias do caso concreto, a compatibilidade do conflito e o comportamento das partes e das autoridades judiciais. Cf.: *Casos Frydlander c. France* (1996), e *Humen c. Poland* (1999). Quando a questão posta tiver por objeto matéria civil, a razoabilidade do tempo do processo pode ter por base a data da propositura da demanda perante um tribunal, ou mesmo antes, especialmente, nos casos em que se exige esgotamento das vias administrativas, e prolonga-se até o término da execução com a efetiva e plena satisfação do direito (*Caso Bordov v. Rússia*).

⁸⁶⁷ MILANO, Laure. *Le Droit à un Tribunal au sens de la Convention Européenne des Droits de L'Homme*. Paris: Dalloz, 2006, p. 353.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

meios que viabilizem a admissão a órgãos jurisdicionais ou não, aos quais sejam atribuídas, por lei, competências para compor os litígios⁸⁶⁸.

Incorpora, ainda, todas as questões ritualísticas alusivas aos modos de como um conflito jurídico pode ser submetido a uma Corte, aos aspectos intersubjetivos da relação processual, e às condicionantes que influenciam no exercício da função jurisdicional e na proteção judicial efetiva dos indivíduos⁸⁶⁹.

27. Para os membros da Corte, o direito a um tribunal não se aperfeiçoa como prerrogativa absoluta porque a sua concretização resulta da atuação institucional de cada Estado, num contexto regulatório onde seja assegurada certa margem de apreciação ou discricionariedade que permite imposições de limites implícitos à sua efetivação, notadamente, com o objetivo de evitar o abarrotamento dos órgãos responsáveis pela tutela jurisdicional e a profusão de ações repetitivas, inclusive mediante a admissão de uma fase prévia de arbitragem extrajudicial⁸⁷⁰.

28. No contexto interamericano, a CADH estabelece, como regra geral, a observância aos direitos e liberdades consagrados e o dever de cada Estado de garantir o livre e pleno exercício desses direitos e liberdades, indistintamente, àqueles que estejam sob sua jurisdição.

Cada Estado ao aderir a Convenção assume o compromisso de respeitar e de garantir o exercício dos direitos e liberdades nela consagrados, do qual deriva para o ofendido o direito a um recurso simples e rápido capaz de oferecer amparo contra atos que violem as suas prerrogativas, e para o Estado, o dever de disponibilizar a todos recurso judicial efetivo contra violações perpetradas em detrimento dos seus direitos e interesses.

A obrigação estatal de disponibilizar um recurso judicial efetivo a quem esteja submetido a sua jurisdição, para reclamar a tutela contra atos que afrontem ou desrespeitem os seus direitos, abrange as violações às garantias consagradas na

⁸⁶⁸ Affaire Airey c. Irlanda (1979).

⁸⁶⁹ MILANO, Laure. *Le Droit à un Tribunal au sens de la Convention Européenne des Droits de L'Homme*. Paris: Dalloz, 2006, p. 338.

⁸⁷⁰ Tais limitações, contudo, não podem afetar a substância do direito individual a um tribunal, ainda que a situação concreta se aperfeiçoe como passível de produzir efeitos homogêneos para uma determinada categoria de indivíduos legalmente autorizada a provocar a tutela jurisdicional por intermédio de órgãos representativos (QUILLERE-MAJZOU, Fabienne. *La Defense du Droit à un Process Equitable*. Bruxelles: Bruylant, 1999, p. 208).

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

Convenção, como as prerrogativas recepcionadas pela ordem Constitucional e infraconstitucional em vigor⁸⁷¹.

Não basta que a ordem constitucional ou legal (infraconstitucional) do Estado demandado chancela o recurso, ou a sua admissibilidade formal, é essencial que ela seja efetivamente apto para determinar o desenvolvimento de um processo justo e equitativo que possibilite a constatação da ocorrência da violação reclamada e a aplicação das medidas necessárias para remediá-la⁸⁷².

29. A jurisprudência da CIDH confere a essa obrigação caráter vinculante e inderrogável, que não admite renúncia ou exceção, nem a invocação de deficiências administrativas como justificativa para a sua inobservância. O entendimento consolidado na Corte privilegia o princípio da não discriminação, impondo aos países americanos, independentemente da regularidade da situação dos seus migrantes, o dever de assegurar a todos os que estejam sob sua jurisdição o pleno exercício de seus direitos.

Qualquer tratamento desigual dispensando a um grupo de pessoas tão-só pelo fato de não se encontrarem regularmente documentadas no país é considerado discriminatório, atentatório à dignidade e ofensivo aos direitos humanos⁸⁷³.

30. A dimensão prestacional do direito de acesso à justiça também foi chancelada pela CIDH. Nos seus julgados, tem afirmado que a concretização dos direitos recepcionados na Convenção está relacionada com a obrigação de cada Estado-Parte de consagrar, no plano doméstico, recursos eficazes para a tutela dos direitos, o que implica na “supressão de normas e práticas de qualquer natureza que consolidem violação das garantias convencionais”⁸⁷⁴.

Para o Julgador Interamericano, a efetividade da proteção judiciária como manifestação do princípio do primado do direito, tem a ver com a possibilidade de responsabilizar os Estados “pelos atos dos titulares de seus órgãos no exercício de funções executivas, legislativas ou judiciárias, mediante um sistema que contemple o

⁸⁷¹ Opinião Consultiva nº 9 (1987).

⁸⁷² Casos Ivcher Bronstein c. Peru (2001).

⁸⁷³ Opinião Consultiva nº 18 (2003).

⁸⁷⁴ Caso Ivcher Bronstein c. Peru (2001).

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

dever de reparar tanto os danos causados quando os sacrifícios especiais impostos a determinados cidadãos”⁸⁷⁵.

O direito de acesso à justiça, enquanto expressão do princípio da proteção judiciária, adquire um significado autônomo, contextualizado na proteção da pessoa diante de atos ou decisões que afetem os seus direitos. Revela-se como direito substancial do indivíduo frente aos órgãos estatais, e prerrogativa processual à correta administração da justiça consubstanciada no direito de todo indivíduo de ter a sua causa apreciada de forma equitativa, publicamente e em prazo razoável, por um tribunal independente, imparcial e regularmente instituído⁸⁷⁶.

7.6. Restrições ao direito de acesso à justiça supranacional.

31. Consagrado com prerrogativa de caráter não absoluto, o direito individual de acesso à justiça pode ser condicionado e limitado para resguardar a efetividade de outros direitos, ou mesmo com o objetivo de privilegiar o respeito ao interesse público. Essas limitações assumem contornos processuais ou substantivos.

Ao nível substantivo, as restrições decorrem tanto da falta de reconhecimento do direito alegado, como da imposição de limites ao manejo de medidas eficazes em face de determinadas providencias adotadas contra ou a favor de algumas classes ou grupos de pessoas.

No plano processual resultam, comumente, do condicionamento do exercício do direito de acesso aos tribunais ao atendimento de requisitos formais e à observância de prazos preclusivos, prescricionais ou decadenciais; e da imposição de pressupostos específicos com a finalidade de bloquear a admissibilidade de reclamações tidas por infundadas e o abarrotamento excessivo do sistema judicial⁸⁷⁷.

Existem situações em que o titular de direitos é totalmente privado da possibilidade de acessar a um remédio legal ou a um tribunal, e até de preparar-se para

⁸⁷⁵ SOUSA, Aiston Henrique de. A Garantia do Acesso à Justiça na Corte Interamericana de Justiça e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. In: *Relatório da Disciplina Direitos Fundamentais no Curso de Doutorado em Ciência Jurídicas*. Lisboa: Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, 2006, p. 46.

⁸⁷⁶ Nessa perspectiva, refere-se, também, ao conjunto de pressupostos e formalidades específicas do processo cuja observância é imposta a fim de que as pessoas possam postular, de forma adequada e eficiente a tutela jurisdicional, ainda que em desfavor do Estado e fundada em atos ou decisões administrativas.

⁸⁷⁷ Para além da legislação e das medidas administrativas, as restrições ao direito de acesso à justiça podem decorrer da atuação privada, como no caso de renúncia voluntária ao direito da ação com o fito de viabilizar o recurso à arbitragem.

responder a uma demanda contra si formulada, em virtude de obstáculos legais e administrativos insuperáveis, ou mesmo em razão da privação da sua personalidade jurídica ou da sua capacidade postulatória.

32. Conquanto reconheçam que os Estados possuem larga margem de discricionariedade para estabelecer exigências que legitimem a efetivação do acesso ao direito e à justiça, e confirmam ao direito de acesso à justiça conteúdo amplo, com o objetivo de impedir que medidas domésticas adotadas com base no poder discricionário possam caracterizar obstáculos insuperáveis ao acesso individual à proteção jurídica⁸⁷⁸ e ao exercício do direito de defesa⁸⁷⁹, as Cortes Internacionais e Regionais têm admitido interpretações que autorizam aos Estados, em diversas circunstâncias e por razões de ordem emergencial ou política, adotarem medidas que limitam ao seu exercício.

Tanto no âmbito doméstico como na esfera internacional, o desenvolvimento progressivo da concepção de que o dever do Estado de respeitar e tutelar direitos fundamentais também implica na obrigação de investigar, perseguir e punir as suas violações, resultou da construção jurisprudencial desenvolvida na CIDH e no TEDH.

33. A Corte Européia foi a primeira a reconhecer que o conceito de remédio eficaz, pelo menos em casos de graves violações aos direitos humanos, não pode reduzir-se à de mera sujeição do acusado às sanções civis ou administrativas, com exclusão da responsabilidade criminal.

No caso *Krastanov c. Bulgária* concluiu que a limitação da resposta estatal às condutas violadoras ao simples pagamento de compensação financeira pelos danos suportados possibilita, em alguns casos, o aumento das práticas abusivas perpetradas

⁸⁷⁸ Exemplo clássico verificou-se no julgamento do caso da Igreja Católica Canea c. Grécia, em que o TEDH, diante da alegação de carência de capacidade jurídica da Igreja, entendeu que a mesma, enquanto Instituição tinha muito tempo de existência e sempre foi reconhecida como entidade legal, em razão do que, privar-lhe os meios de defesa dos seus direitos constituiria uma interferência não permissível e violadora da substância do direito de acesso à justiça.

⁸⁷⁹ No caso *Golder*, diante de uma situação em que foi negado ao acusado de prática delitiva o direito de consultar um advogado com objetivo de desafiar a acusação contra si assacada, por meio de uma ação em desfavor do Órgão Acusador, ao argumento de que o acesso à assistência jurídica pressupunha uma autorização específica do Ministro do Interior, o TEDH, adotando uma interpretação evolutiva, entendeu que o artigo 6 da CEDH, impõe aos Estados a obrigação de garantir o acesso a um tribunal, incluindo o dever de viabilizar o acesso à orientação e patrocínio jurídico para a elaboração de defesa e para propor remédios judiciais eficazes. (*Affaire Golder c. Royaume-Uni*, 1975).

por agentes do Estado em detrimento dos interesses e direitos daqueles que são postos sob sua responsabilidade e jurisdição⁸⁸⁰.

Em seus julgados tem proclamado que a CEDH ostenta como objetivo precípua proteger direitos concretos e efetivos⁸⁸¹, o que requer que o acesso à justiça não seja impedido, quer pela complexidade, quer pelo custo do procedimento, e que as restrições impostas pelos Estados nacionais ao seu exercício não afetem a própria substância do direito do litigante à tutela jurisdicional por um Tribunal imparcial⁸⁸².

34. A construção jurisprudencial edificada nos órgãos jurisdicionais supranacionais reverencia a tese de que, por mais excepcional que seja a situação concreta a permitir a imposição de limites ao exercício do direito de acesso à justiça, ainda que estribada na proteção do interesse geral e na segurança pública, tais limitações não podem se aperfeiçoar à margem dos lineamentos fundamentais das normas pactícias e à deriva dos critérios mínimos de razoabilidade e proporcionalidade.

A nenhum Estado é dado, mesmo que invoque situação emergencial, fugir da obrigação de prover um mínimo de garantias para que os indivíduos possam demandar a tutela eficaz dos seus direitos.

O Comitê de Direitos Humanos da ONU⁸⁸³, no Comentário Geral de 2001, asseverou que mesmo quando o direito de acesso à justiça não estiver incluído entre as normas não derogáveis, o Estado deve cumprir com a obrigação fundamental, constante do artigo 2º, § 3º, da Convenção, de fornecer aqueles que estejam sob sua jurisdição, remédios eficazes para reprimir violações a direitos.

A CIDH em suas Opiniões Consultivas sobre situações de emergência vem seguindo o mesmo caminho ao considerar que, em tempos de crise, o caráter não derogável dos direitos enumerados no Artigo 27, da CADH, deve ser efetivamente

⁸⁸⁰ Este entendimento acompanha a atual tendência de conferir proeminência às normas internacionais relativamente às domésticas, nomeadamente, no que tange ao dever dos Estados de assegurarem um sistema da justiça que seja capaz de permitir a tutela reparatória às vítimas de violações a direitos humanas.

⁸⁸¹ Acórdãos *Golder c. Reino Unido* (1975).

⁸⁸² Acórdãos *Levages Prestations Services c. França* (1996), e *Garcia Mambrado c. Espanha* (2000).

⁸⁸³ O Comitê dos Direitos Humanos é o órgão criado com fundamento no art. 28.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, com o objetivo de controlar a aplicação, pelos Estados Partes, das disposições deste instrumento. Nos termos do art. 40º do Pacto (e do art. 3º do Segundo Protocolo), os Estados-Partes apresentam relatórios ao Comitê onde enunciam as medidas adotadas para tornar efetivas as disposições desses tratados. Os relatórios são analisados pelo Comitê e discutidos entre este e representantes do Estado-Parte em causa, após o que, o Comitê emite as suas observações finais sobre cada relatório salientando os aspectos positivos e os problemas detectados, e recomendando as soluções que lhe pareçam adequadas.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

salvaguardado contra o abuso de poder mediante a preservação de um mecanismo essencial ao acesso à justiça e ao devido processo legal.

Em qualquer circunstância, a interrupção deve ser temporária, relacionar-se apenas com o exercício de direitos, e sempre se sujeitar a um argumento de razoabilidade e proporcionalidade para que possa não ir além do que é estritamente necessário, segundo as exigências da situação, nem afetar direitos que no caso concreto se revistam de maior fundamentalidade.

O TEDH reconheceu a obrigação dos Estados nacionais de garantirem o acesso a remédios judiciais no contexto da luta contra terrorismo, e até mesmo em situações extremas de um conflito armado.

Ao julgar o caso *Isayeva e Outros c. Rússia*, que tratava da responsabilização pelo ataque a civis em uma escola na cidade de Grozni, ponderou que o processamento eficaz do responsável exigia a viabilização do pleno acesso às vítimas, e a compensação apropriada das perdas e danos sofridos. Na decisão, indicou como critérios para qualificação da eficácia do remédio disponibilizado, a publicidade do processo, a abertura à iniciativa dos ofendidos e a independência do órgão julgador.

A sua prática recente tem se direcionado no sentido de indicar, diante da visualização de falhas na concretização do dever Estatal de disponibilizar remédios eficazes, quais as medidas específicas e as iniciativas necessárias para a realização de uma administração de justiça satisfatória.

35. As imunidades diplomáticas também constituem óbices legais ao exercício eficaz do acesso à justiça à medida que implicam em isenções a Estados estrangeiros e seus órgãos, relativamente à submissão aos remédios judiciais impostos por outros Estados⁸⁸⁴.

Embora seja possível demonstrar discreta tendência de redução das hipóteses de imunidades, tanto no âmbito criminal quanto nos casos em que se pleiteia reparação ou compensação de danos contra Estado estrangeiro, na prática, as Cortes Internacionais

⁸⁸⁴ A própria construção doutrinária e jurisprudencial baseada na interpretação das normas de direito internacional, também pode constituir obstáculo ao exercício do direito individual do acesso à justiça, sobretudo, quando em situações de conflitos entre normas de direito internacional e normas de direito nacional atribua-se preponderância à disciplina externa de modo a tornar ineficazes as regras internas que lhe são contrárias.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

ainda não se mostram muito receptivas a admitir exceções às imunidades em sede de reclamações individuais fundadas em violações a direitos fundamentais⁸⁸⁵.

A imunidade dos Estados e das Organizações Internacionais em face da jurisdição civil interna de outros Estados tem sido fortemente defendida e encontra respaldo implícito em algumas normas internacionais e regionais, a exemplo do artigo 31 da CEDH e do artigo 16 da Convenção das Nações Unidas⁸⁸⁶.

O certo é que a oscilação entre a jurisprudência dos tribunais internacionais favoráveis à manutenção da imunidade, e o entendimento de alguns tribunais domésticos mais progressistas, partidários da limitação das imunidades nos casos de violações a direitos humanos, fragiliza a construção de um entendimento uniforme quanto à possibilidade de ressalvas às imunidades previstas no direito internacional.

O entendimento mais satisfatório e capaz de equilibrar as dissonâncias entre imunidade e acesso parece ser aquele que possibilita a concessão da imunidade sempre que sejam disponibilizados remédios eficazes aos demandantes, passíveis de serem ajuizados no foro do Estado onde a violação e o dano se concretizaram, no do Estado demandado e que consentiu em desconsiderar a imunidade dos seus agentes, ou perante um foro internacional.

36. Algumas providências adotadas pelo Conselho de Segurança da ONU fundadas no Capítulo VII da Carta com o objetivo de impedir a concretização de situações capazes de afetar a paz e a segurança internacional, igualmente apresentam grande potencial para dificultar ou impossibilitar o acesso a remédios judiciais aos destinatários das medidas.

⁸⁸⁵ Isso ficou claro no julgamento do pleito de Autorização de Detenção, no âmbito do processo Congo c. Bélgica, no qual a Corte Internacional de Justiça respaldou a imunidade de um ministro de um Estado estrangeiro mesmo estando em jogo sérias violações a direitos humanos. Preocupado com o aumento das demandas reparatórias focadas em violações a direitos fundamentais por Estados estrangeiros, o TEDH tem sustentado o princípio da imunidade jurisdicional dos Estados em termos civis (Casos MacElhinney c. Ireland e Al-Adsani c. UK).

⁸⁸⁶ No âmbito da União Europeia, a execução das decisões proferidas por Tribunais de Estados estrangeiros foi inicialmente viabilizada pela Convenção de Bruxelas de 1968, sobre Competência Jurisdicional e Reconhecimento de juízos sobre Matéria Civil e Comercial, e substituída, posteriormente, pelo Regulamento 44/2001, da Comunidade Européia, que entrou em vigor em primeiro de Março de 2002, cujo texto prevê a chancela de decisões proferidas na esfera civil e comercial, excluindo aquelas derivadas de controvérsia de natureza administrativa. A Resolução 35/2005, emitida pela Comissão de Direitos Humanos, estabelece que os Estados devem fornecer, de acordo com a legislação local, mecanismos eficazes para execução de decisões reparatórias proferidas por juízos estrangeiros competentes. (Cf.: RONZITTI, Natalino. *Access to Justice and Compensation for Violations of the Law of War*. In: FRANCIONI, Francesco (Ed.). *Access to Justice as a Human Right*. Oxford: Oxford University Press, 2007, Collected Courses of the Academy of European Law, XVI/4, 95-113, 2007).

No caso *Bosphorus c. Irlanda* uma companhia aérea Turca apresentou queixa perante o TEDH ao argumento de que o seu direito da propriedade, garantido pelo Protocolo 1, tinha sido violado pela Irlanda ao deter um avião que havia arrendado, alegadamente de boa fé, de uma companhia aérea iugoslava.

À época, o Conselho de Segurança tinha adotado a Resolução 820, de 17 de Abril de 1993, que impôs sanções económicas à Iugoslávia, determinando aos Estados a detenção de aviões mantidos ou controlados por indivíduos ou empresas Iugoslavas. A revisão da medida foi ventilada perante os Tribunais Irlandeses, mas restou inviabilizada pelo superveniente Regulamento 990/93, da União Europeia, que acrescentou às sanções uma camada adicional de obrigações e reduziu a margem da discricionariedade das autoridades irlandesas.

A Corte de Estrasburgo, em julgamento que teve lugar no dia 30 de Junho de 2005, entendeu que a Irlanda não havia violado a proteção do direito de propriedade constante do Artigo 1º, do Protocolo, sob o fundamento de que ao determinar a detenção da aeronave, cumpriu obrigações resultantes da sua participação em uma organização internacional, a Comunidade Europeia, cujo sistema de garantias judiciais dos direitos fundamentais é equivalente ao instituído pela CEDH.

Entendimento semelhante foi respaldado nos casos *Kadi e Yusuf* formalizados perante o Tribunal da Primeira Instância da Comunidade Europeia, por querelantes afetados por medidas da Comunidade Europeia que, implementando sanções antiterrorismo determinadas pelo Conselho de Segurança contra o governo de Taleban do Afeganistão, a Al-Quaeda, e outras pessoas e entidades ligadas ao terrorismo, impôs limitações ao exercício do direito de propriedade e aos direitos a uma audição justa e a um remédio judicial eficaz.

O Tribunal da Primeira Instância recepcionando, pela primeira vez, a tese de que as Regulações impugnadas se inseriam no âmbito da sua competência jurisdicional, rechaçou as reclamações ao argumento de que as obrigações consolidadas na Carta de Nações Unidas e, por extensão, as que resultam de Resoluções do seu Conselho de Segurança, prevalecem com relação às obrigações prévias ou subsequentes assumidas pelos dos Estados Membros, em virtude do princípio da supremacia contido no Artigo 103 da Carta das Nações Unidas.

Os Juízes da Corte concluíram que o direito dos requerentes a uma audiência justa e a um remédio eficaz não tinha sido violado, primeiro, porque, segundo entendimento cancelado, não há nenhum direito a uma audiência prévia de pessoas e entidades atingidas por medidas do Conselho de Segurança, e, segundo, porque, no caso concreto, às mesmas não foi vedada a faculdade de demandarem tutela judicial com base em normas domésticas com o objetivo de obrigarem as autoridades nacionais competentes a formularem o pedido de reconsideração à apreciação do Comitê de Sanções do Conselho de Segurança.

37. Em tempo de crise internacional o direito de acesso individual à justiça constitui importante mecanismo de interface entre as normas internacionais focadas nos direitos fundamentais e a regulação eficiente dos conflitos. Ainda assim, nos momentos de conflito é difícil assegurar a normalidade do acesso dos indivíduos aos procedimentos legais e aos órgãos jurisdicionais e manter a qualidade e a eficiência dos resultados da prestação jurisdicional.

Nas situações de conflito armado internacional, os combatentes costumam entrincheirar as estruturas que comumente funcionam para possibilitar o acesso à justiça. Quando o embate bélico é doméstico a falta de posicionamento específico dos combatentes também contingencia os mecanismos de acesso seguro ao direito e à justiça.

Em muitos casos, os Estados envolvidos, no decurso dos períodos excepcionais de emergência ou guerra, recorrerem à interrupção de certas obrigações internacionais que protegem direitos individuais, lançando mão da via da derrogação. As situações emergenciais deflagradas nesses períodos tendem a provocar e servir de justificação à redução das garantias legais, criando um contexto político no qual as violações extremas são toleradas.

38. Na maioria dos sistemas de proteção dos direitos humanos, os direitos de liberdade e de manejar procedimentos legais justos são derogáveis, e por extensão, o direito de acessar à justiça e aos remédios jurídicos disponibilizados em tempo de paz. Nos estágios de crise, a justiça é um conceito especialmente contingente, mormente,

porque os direitos e as garantias, nessas circunstâncias, se submetem à contínua tensão das arenas de conflitos⁸⁸⁷.

Tratando-se de embate internacional, é possível distinguir entre as violações que não constituem crime de guerra e as ofensas que o caracterizam. Em qualquer hipótese, subsiste para o Estado responsável pelas ofensas o dever de providenciar a reparação dos danos suportados pelos indivíduos, independentemente de se atribuir à situação lamentada uma interpretação mais abrangente ou de se afastar essa obrigação relativamente aos danos colaterais a indivíduos e objetos nacionais.

As organizações internacionais, enquanto instituições dotadas de personalidade jurídica, podem igualmente figurar como responsáveis pela reparação ou compensação dos danos resultantes de condutas injustas que forem imputadas aos seus órgãos ou agentes⁸⁸⁸, desde que exerçam controle efetivo sobre a conduta dos mesmos.

As Convenções de Paz muitas vezes incorporam disposições que preveem a renúncia dos Estados vencidos ao direito de postularem, por si ou em nome dos seus cidadãos, qualquer reparação ou reclamação contra o vencedor fundada em pretensos danos suportados em tempo de guerra. São admitidas, entretanto, reclamações ajuizadas pelos cidadãos do Estado vencido contra o seu próprio governo, bem como reivindicações formuladas por cidadãos do Estado vencedor contra o Estado vencido.

⁸⁸⁷ AOLÁIN, Fionnuala Ní. The Individual Right of Access to Justice in Times of Crisis: Emergencies, Armed Conflict, and Terrorism. In: FRANCIONI, Francesco (Ed.). *Access to Justice as a Human Right*. Oxford: Oxford University Press, 2007, Collected Courses of the Academy of European Law, XVI/4, pp. 57-93, 2007.

⁸⁸⁸ As Nações Unidas aceitaram a responsabilidade pelas suas operações no Congo (1960), ao passo que a OTAN recusou-se a assumir responsabilidade pela hostilidade executada contra a República Federal da Iugoslávia.

8. A efetivação do direito de acesso às Cortes Internacionais.

1. O acesso à justiça é geralmente reconhecido como um direito fundamental concretizado no contexto da ordem jurídica doméstica enquanto reflexo do dever de cada Estado de colocar à disposição de todos quantos estejam sob sua jurisdição, remédios eficazes para a tutela dos seus direitos.

A evolução dos sistemas de proteção dos direitos fundamentais nos mais de sessenta anos de prática internacional que seguiram ao estabelecimento das Nações Unidas, não foi acompanhada por uma transformação uniforme e estrutural da ordem legal internacional e comunitário (regional), de maneira a possibilitar que os indivíduos ou grupos de indivíduos personalizados reclamem, em qualquer instância e em condições de igualdade, a efetivação do direito de acesso a mecanismos e remédios internacionais para tutela dos seus direitos e interesses⁸⁸⁹.

8.1. Os paradigmas supranacionais de tutela jurisdicional.

2. O conteúdo das normas internacionais que cancelam o direito de acesso à justiça incorpora a prerrogativa das pessoas demandarem proteção judicial dos tribunais de sua nacionalidade ou de onde estejam domiciliadas, ou das Cortes dos Estados em que a ofensa ou o conflito se consolidou, ou, ainda, a tutela por outros órgãos aos quais a ordem jurídica tenha atribuído competência para se pronunciar sobre direitos e obrigações em conflito, e impor reparação/compensação do dano perpetrado.

O sistema internacional de tutela dos direitos tem como parâmetro a legitimidade da administração equitativa e imparcial de justiça desempenhada pelo Estado onde a reclamação individual é ajuizada. Somente na hipótese de fracasso dos remédios disponibilizados às vítimas de violações, no âmbito interno, é possível a responsabilização do Estado com base na legislação internacional.

3. Distinta é a perspectiva reverenciada pelo sistema de proteção instituído pelas convenções que tratam especificamente dos direitos humanos. Esses instrumentos, de regra, estabelecem seus próprios mecanismos de supervisão, controle, revisão e tutela de

⁸⁸⁹ FRANCIONI, Francesco (Ed.). The Rights of Access to Justice under Customary International Law. In: *Access to Justice as a Human Right*. Oxford: Oxford University Press, Collected Courses of the Academy of European Law, XVI/4, 1-55, 2007.

direitos e, em alguns casos, disciplinam de forma expressa o acesso direto dos indivíduos atingidos por violações aos mecanismos e remédios por eles instituídos.

A delimitação das competências é condicionada pelo alcance territorial dos tratados que disciplinam a proteção aos direitos humanos, e pela atribuição ao Órgão jurisdicional supranacional do poder para deliberar sobre a legalidade das ações que acarretaram os danos alegados⁸⁹⁰.

De regra, sempre que há violação a direitos fundamentais, a ordem internacional assegura tanto a possibilidade de responsabilizar criminalmente o infrator, como a de impor ao Estado do qual o violador é nacional, ou ao qual pertença, em se tratando de órgão estatal, a obrigação de reparar ou compensar os danos para os quais concorreram.

Embora a responsabilidade civil individual geralmente decorra da responsabilidade criminal, nada impede que a vítima possa ofertar representação com o objetivo de ressarcimento dos danos civis, ainda que tal possibilidade seja contingente em virtude da subsistência dos regimes de imunidade.

4. O regime jurídico instituído pelos instrumentos pactícios que tratam dos direitos humanos não se confunde com o aplicado aos tratados tradicionais constituídos como compromissos bilaterais, nomeadamente, por incorporarem obrigações objetivas e a garantia coletiva de proteção dos direitos fundamentais dos particulares frente aos atos do poder público.

A emancipação do indivíduo na ordem jurídica internacional como legítimo sujeito de direitos e deveres fundamentais habilitado para pleitear a proteção internacional dos seus direitos, o posicionou como sujeito passível de ser sancionado no plano externo e possibilitou a formação de um conjunto de normas de direito internacional destinado a assegurar aos indivíduos, independentemente da jurisdição à

⁸⁹⁰ Cinco casos clarificaram o entendimento da Corte de Estrasburgo sobre a aplicação territorial da Convenção: o Caso *Loizidou c. Turquia* (1991), o Caso *Bankovic e Outros c. Bélgica* (2001), o Caso *Ilascu e Ors c. Moldova e Rússia Federation* (2004), o Caso *Issa e Ors c. Turquia* (2001), e o Caso *Behrami c. França*. A regra estatuída pelo artigo 1º da CEDH é no sentido de que os seus comandos incidem no espaço compreendido pelos Estados contratantes, independentemente da nacionalidade do postulante. Nos Casos *Loizidou* e *Ilascu* foram chanceladas hipóteses de aplicação da CEDH para além da área de soberania do Estado acusado, mas no plano de aplicação da Convenção. Nos outros três, visualizou-se a aplicação da Convenção a Estado não pactuante.

qual estejam submetidos, o acesso os instrumentos necessários à defesa dos seus direitos e interesses⁸⁹¹.

No âmbito europeu o sistema de proteção aos direitos fundamentais encontra na CEDH e na jurisprudência do TEDH os principais meios de consolidação, cuja atuação tem sido plenamente respaldada nos posicionamentos adotados pelo TJCE⁸⁹².

8.2. Ritualística adotada no sistema interamericano.

5. No modelo interamericano a garantia da tutela dos direitos individuais é viabilizada por duas vias distintas, uma maneja pela OEA, segundo preceitos da Carta da OEA e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, e outra fundada na CADH utilizado pelos Estados que a ela aderiram.

⁸⁹¹ Jorge Bacelar GOUVEIA assinala que “a edificação da subjectividade jurídico-internacional tem largamente beneficiado dos influxos oferecidos pelas várias dogmáticas do Direito Interno - primeiro, do Direito Privado e, depois, do Direito Público - em torno dos conceitos de pessoa jurídica, de personalidade jurídica e de capacidade jurídica. A construção da subjectividade internacional ocorre tendo por base aqueles dois primeiros conceitos, um qualitativo e outro quantitativo, sendo o terceiro uma aplicação estrutural. A personalidade jurídico-internacional é a susceptibilidade para se ser destinatário de normas e princípios de Direito Internacional, dos quais directamente decorre a oportunidade para a titularidade de direitos (situações jurídicas activas) ou para se ficar adstrito a deveres (situações jurídicas passivas)”. (In: *Manual de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 352).

⁸⁹² No espaço de incidência do direito europeu, a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) firmou-se no sentido de consolidar a sua competência para, com a cooperação das Cortes Nacionais, examinar a compatibilidade dos atos normativos formatados pelos Estados-Membros com o catálogo de direitos fundamentais consagrados pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Qualquer pessoa tem a prerrogativa de provocar a tutela jurisdicional do TJCE demandando a proteção contra atos normativos e regulamentares lesivos ou potencialmente ofensivos a direito seu, gravado pela nota de fundamentalidade, desde que perpetrados por qualquer Estado-Membro. A tramitação de processo perante a Corte Comunitária e a existência de pronunciamento definitivo dos seus Órgãos julgadores não obsta o conhecimento e a apreciação de demanda semelhante perante os Tribunais Constitucionais Nacionais e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Somente a partir do Acórdão Proferido em 12. 11.1969, nos autos do Processo nº 29/69 – *Stander v. Cidade de Ulm*, o TJCE recepcionou a tese de que o conceito de direito encartado no artigo 164º do Tratado, incorpora o de direitos fundamentais, identificando no Texto um elenco não explícito de direitos dotados de fundamentalidade, equiparados aos catálogos chancelados nas Cartas Constitucionais nos Estados-Membros, aptos a servirem de parâmetro de validade dos atos jurídicos formalizados pelo Conselho e pela Comissão Europeia. A jurisprudência do TJCE centrada na concretização dos direitos fundamentais pauta-se na concepção de que a proteção desses direitos figura entre os princípios gerais do direito comunitário, e deve ser assegurada com base na estrutura e objetivos da Comunidade, nas tradições Constitucionais comuns aos Estados-Membros e nos princípios consolidados nos instrumentos internacionais relativos à proteção dos direitos humanos aos quais manifeste a adesão ou tenham participado na elaboração, sobretudo, a CEDH. Cf. Acórdãos proferidos nos processos C-260/89 de 18.6.91; C-159/90, de 04.10.91, C-2/92, de 24.3.94. Acórdãos de 12.11.1969 – *Stander*; de 17.12.1970 – *Internationale Handelsgesellschaft c. Einfuhr und Vorratsstelle Getreide* (Proc. 11/70); de 14.5.74 – *Nold c. Comissão* (Proc. 4/73); de 13.12.79 – *Haner c. Landa da Renânia – Platinado* (Proc. 44/79). Na doutrina: ALMEIDA, José Carlos Moitinho de. La Protección de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. In: IGLESIAS. Gil. C. R. e NOGUERAS. D. J. Lian (Coords.). *El Derecho Comunitario Europeo y su Aplicación Judicial*. Granada: Civitas e Consejo General del Poder Judicial – Universidad de Granada, 1993.

A CADH estabeleceu proteção específica para o direito de acesso à justiça enquanto garantia judicial da determinação de direitos e obrigações de caráter civil, nos artigos 8º e 25, instituindo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, como órgãos de controle jurisdicional dotados de autoridade para conhecer das pretensões fundadas nos direitos nela cancelados, atribuindo à última caráter supranacional e competência para apurar as denúncias de violações dos direitos nela consagrados⁸⁹³.

Instituída em 1959 pela Resolução VIII, no âmbito da Quinta Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores realizada em Santiago do Chile, com a finalidade precípua de promover os direitos humanos nos países membros da OEA, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem a função de promover a observância e proteção dos direitos, fiscalizar o seu cumprimento pelos Estados-Membros, bem como receber e avaliar as denúncias de violações apresentadas por particulares e submetê-los à apreciação da CIDH.

O seu Estatuto, aprovado pelo Conselho da OEA em 25 de maio de 1960, a qualifica como entidade autônoma, representativa de todos os Estados-membros da OEA, e com a função de atuar em seu nome.

Em virtude das modificações inseridas pela II Conferência Interamericana Extraordinária, realizada no Rio de Janeiro, em 1965, passou a ter competência para examinar as comunicações que lhe forem remetidas; dirigir-se aos governos dos Estados-Membros com o objetivo de obter informações que considerar pertinentes; formular recomendações aos Estados para fazer cumprir os direitos humanos; e elaborar informe anual com o fito de tornar evidente a evolução e os progressos desses direitos no âmbito dos Estados.

⁸⁹³ Os direitos assegurados na Convenção, em virtude das características específicas das sociedades edificadas na América Latina, de regra, se inserem no rol daqueles categorizados como direitos básicos, materializados nos tradicionais direitos à liberdade, à vida, à privacidade, à liberdade de expressão, à proteção judicial efetiva e à participação na gestão democrática do Estado. A exemplo do que se visualiza em outros cenários, no plano interamericano vigora máxima no sentido de que a solução dos casos fundados em violações a direitos fundamentais, confiada aos Tribunais Internacionais, não admite analogias com a solução pacífica de controvérsias internacionais em contencioso puramente interestatal (confiada a um tribunal como a Corte Internacional de Justiça), por tratar-se de contextos fundamentalmente distintos, em virtude do que, os Estados não podem pretender contar no contexto de uma reclamação de afronta a direitos humanos consagrados, com a mesma discricionariedade que aplica nos embates com outros Estados.

6. No sistema protetivo interamericano, a Comissão detém competência específica para deliberar sobre as reclamações fundadas em violações aos direitos chancelados pela CADH, as petições lhe são endereçadas a fim de que investigue as denúncias de afronta a direitos, exerça o juízo prévio de admissibilidade da demanda e tente promover a conciliação dos litigantes.

Para além da função conciliadora, na qual desenvolve ações com o objetivo de compor as pendências entre os Governos e grupos sociais que aleguem ofensas aos direitos dos seus membros, exerce papel de assessoramento, aconselhando os Governos a adotarem as providências necessárias à promoção dos direitos fundamentais, e desenvolve controle sobre as alegações de desrespeito aos direitos, informando acerca da inobservância dos direitos humanos nos Estados-Membros da OEA⁸⁹⁴.

Possui, ainda, competência para desenvolver estudos sobre temas de direitos humanos e para intervir em casos urgentes, podendo, inclusive, solicitar ao Governo contra o qual se tenha apresentado uma queixa que suspenda a prática dos atos ofensivos e apresente informações sobre as denúncias apresentadas⁸⁹⁵.

7. No exercício dessas atribuições, não lhe é permitido emitir pronunciamento sobre a forma de como as normas são aplicadas nas ordens jurídicas domésticas, incumbindo-lhe, tão-só, numa dada situação concreta, verificar se o conteúdo de uma norma interna contradiz a Convenção, e formular recomendações aos governos dos Estados-Membros para que adotem medidas progressivas em prol da efetivação dos direitos humanos dentro do marco regulatório fixado pelas leis e seus preceitos constitucionais internos.

Além de ser responsável pela operacionalização regional dos instrumentos de proteção dos direitos humanos no âmbito da OEA desempenhando atribuições de caráter político, a Comissão proporciona a acessibilidade ao sistema interamericano de proteção a esses direitos ao possibilitar a resolução amigável dos conflitos e atuar na fiscalização concreta das condutas ativas praticadas pelos Estados demandados,

⁸⁹⁴ Seus pronunciamentos servem de parâmetros para a atuação estatal legitimadora dos direitos, quando, em decorrência das informações que disponibiliza depois de analisar as situações concretas, os Governos decidem reparar as falhas de seus processos internos e sanar as violações.

⁸⁹⁵ FIX-ZAMUDIO, Hector. *La protección jurídica procesal de los derechos*. Madrid: Civitas, 1982.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

exercendo atividade quase jurisdicional⁸⁹⁶ ao recepcionar as petições, queixas e comunicados de violações, e ao cientificar a CIDH sobre reclamações formuladas.

O exame da admissibilidade das reclamações tem por base a pertinência normativa das condutas refutadas. Possuem legitimidade para provocar a sua atuação qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-Membros da OEA, independente do fato de figurarem como vítimas da violação. Faculta-se ao reclamante o direito de indicar por escrito, na própria petição ou em outro instrumento, advogado ou terceiro para representá-lo.

Nas situações em que a vítima é impedida de formular queixa por conta própria, a *legitimatio ad causam* é deferida a qualquer interessado e não está vinculada à prévia manifestação ou concordância do ofendido.

Ultrapassada a fase conciliatória sem alcance de consenso, a Comissão delibera acerca da efetiva ocorrência da violação alegada. Em caso afirmativo, o Estado infrator terá três meses para cumprir as determinações que forem consignadas no seu relatório, e na hipótese de descumprimento estará passível de ser submetido a julgamento pela CIDH.

Tratando-se de Estado que não reconheça a jurisdição da Corte, a Comissão elabora um segundo relatório com medidas e prazos a serem observados e, caso persista o descumprimento, formaliza apelo à Assembleia Geral da OEA que decidirá sobre as medidas a serem aplicadas ao Estado recalcitrante.

8. Com sede em São José da Costa Rica, a CIDH é composta por sete Juízes eleitos em escrutínio secreto pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), dentre os nacionais dos Estados-Partes, para mandato de 06 (seis) anos, com possibilidade de uma única recondução.

⁸⁹⁶ Hélio BICUDO sustenta que a atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos é quase jurisdicional “ya que a través de los exámenes de los casos que le son presentados, hace recomendaciones a los Estados miembros, teniendo en perspectiva la reparación de la violación cometida. Estas recomendaciones van desde el castigo a los responsables de violaciones a derechos humanos y la imposición del pago de una indemnización pecuniaria, hasta la solicitud de cambios en la legislación interna, recomendándolas de acuerdo con las normas internacionales vigentes” (Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos In: *Memoria del Seminario “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*. San José da Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, p. 229).

Instituída como órgão jurisdicional regional autônomo integrante do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, tem competência consultiva e contenciosa para interpretar e aplicar a CADH. A função jurisdicional é disponibilizada, unicamente, para os Estados que tenham elaborado, ratificado ou aderido à Convenção, os quais, contudo, só podem figurar como demandados perante o Tribunal, quando tenham acatado expressamente a sua competência contenciosa.

O artigo 64 da Convenção conferiu à CIDH a mais ampla função consultiva já confiada a um tribunal internacional, acessível a todos os órgãos da OEA e aos Estados que a integram, independentemente de figurarem como parte na CADH. Ao desempenhá-la, conhece e delibera sobre consultas fundadas em divergências relativas à compatibilidade das leis domésticas com as normas da Convenção ou de outros instrumentos pactícios que tratem da proteção dos direitos humanos⁸⁹⁷, bem como às referentes à interpretação de tratados e normas jurídicas diretamente relacionadas com o amparo aos direitos humanos nos Estados que integram o sistema interamericano⁸⁹⁸.

No exercício dessa atividade responde à consultas e indagações que lhe forem hipoteticamente formuladas, por intermédio de pareceres interpretativos, cuja observância, embora não seja passível de ser executada ou imposta, é considerada obrigatória pelo fato de consubstanciarem construção jurisprudencial consolidada⁸⁹⁹ que serve de orientação para a elaboração de políticas voltadas para efetivação dos direitos humanos no âmbito da OEA⁹⁰⁰.

9. É, entretanto, no desempenho da competência jurisdicional, decidindo os casos que lhe são submetidos pelos Estados-Membros e pela Comissão, que exerce a sua principal função, a de examinar se o ato refutado aperfeiçoou-se em conformidade

⁸⁹⁷ O exercício da competência consultiva da Corte pode ter por fundamento qualquer disposição pactícia concernente à proteção dos direitos humanos, inserida em tratado internacional aplicável nos Estados Americanos, independente da sua natureza (bilateral ou multilateral), de quem figure como parte ou do seu objetivo primordial.

⁸⁹⁸ Opinião Consultiva nº 13/93 e Opinião Consultiva nº 14/94. São inadmissíveis as consultas que conduzam ao desvirtuamento da jurisdição contenciosa da Corte, ou à alteração ou enfraquecimento do sistema instituído na Convenção (Opinião Consultiva nº 182/82).

⁸⁹⁹ ROBLES, Manuel E. Ventura. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Camino Hacia um Tribunal Permanente. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José da Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003.

⁹⁰⁰ BUERGENTHAL, Thomas, Recordando los inicios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *Revista do Instituto Interamericano de Direitos Humanos*. Costa Rica: IIDH, vol. 39, p. 11-31, 2004, p. 13.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

com as normas convencionais⁹⁰¹, sem assumir o papel de instância recursal para as decisões proferidas pelos tribunais domésticos dos Estados-Parte⁹⁰².

Idealizada como instituição judicial autônoma vinculada à CADH, à CIDH compete conhecer e julgar os casos contenciosos em que figure como demandados Estados que tenham reconhecido unilateralmente a sua jurisdição e se comprometido a acatar como obrigatórias e plenamente eficazes as suas decisões.

Ao deliberar sobre a admissibilidade da reclamação deve levar em consideração o princípio da irretroatividade, consagrado no artigo 28 da Convenção de Viena sobre o direito dos Tratados, que o impede de declarar a violação de uma norma Convencional quando os fatos alegados ou a conduta do Estado reclamado se aperfeiçoaram antes de demonstrado o reconhecimento da sua jurisdição.

Conforme entendimento consolidado, o reconhecimento da sua competência contenciosa por parte do Estado reclamado constitui *cláusula pétrea*, que não admite ressalvas invocadas com base em razões de ordem doméstica, nem limitações que não estejam expressamente previstas no conteúdo dos artigos 62.1 e 62.2 da CADH.

O Tribunal exerce jurisdição plena em todas as questões que lhe são postas para apreciação, inclusive sobre os pressupostos processuais de admissibilidade da demanda⁹⁰³.

Ao reconhecer e declarar que um Estado praticou conduta ofensiva, pode lhe imputar a responsabilidade pela reparação dos danos resultantes da transgressão, fixar indenização pecuniária a tal título, e determinar que seja assegurado ao prejudicado o gozo dos direitos ou liberdades violados⁹⁰⁴, sendo-lhe, porém, vedado investigar e punir

⁹⁰¹ BURELLI, Alirio Abreu. Jurisprudência de la corte interamericana de Derechos Humanos. In: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Um Cuarto de Siglo: 1979- 2004*. San Jose: Corte Interamericana dos Direitos do Homem, p. 92, 2005, p. 92.

⁹⁰² Na decisão proferida no caso *Villagrán Morales e Outros c. Guatemala* (1999), a Comissão advertiu que ‘no es la función de los órganos de supervisión del sistema interamericano de derechos humanos brindar una especie de instancia de apelación judicial o de ámbito de revisión judicial de las sentencias emitidas por tribunales nacionales ‘sino que’ la tarea de la Corte consiste en determinar si los procedimientos, considerados en conjunto, incluida la manera en que se ha obtenido la prueba, han sido justos’.

⁹⁰³ A atuação jurisdicional da Corte tem caráter subsidiário, coadjuvante e complementar, portanto, não serve como Quarta Instância para discussão sobre os desacordos das partes sobre a aplicação do direito interno. A sua função primordial é identificar violações a direitos protegidos pela Convenção e a correspondente responsabilidade internacional do infrator.

⁹⁰⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 240.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

a conduta individual dos agentes públicos que tenham concorrido para a concretização da conduta guerreada⁹⁰⁵.

10. A admissibilidade das petições apresentadas é condicionada ao esgotamento dos recursos previstos na legislação interna, de acordo como os princípios de direito internacional. É preciso que, além de formalmente previstos, os recursos disponibilizados no âmbito doméstico sejam adequados e efetivos⁹⁰⁶.

Conforme disposto no artigo 44 da Convenção, a denúncia pode ser apresentada por pessoa distinta da vítima ou por um grupo de pessoas. A Corte tem referendado a tese de que o acesso individual ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos não pode ser limitado com base na exigência de representação legal do ofendido.

A queixa individual pode ser ventilada no prazo decadencial de seis meses, devendo conter a qualificação jurídica e a assinatura da pessoa, grupo de pessoas ou de seu representante legal, a indicação de que foram exauridas todas as medidas judiciais disponibilizadas pelo sistema normativo nacional para debelar a afronta alegada, e a observação de que não tramita no plano internacional qualquer litígio fundado na mesma contenda⁹⁰⁷.

Quando o Estado não suscita, expressamente, objeção fundada na falta de esgotamento dos recursos previstos na ordem jurídica interna no curso do procedimento de admissibilidade desenvolvido perante a Comissão, a Corte entende que preclui o seu

⁹⁰⁵ A primeira condenação do Estado brasileiro resultou da apreciação do caso Ximenes Lopes c. Brasil (2006), no qual a Corte reconheceu o desrespeito aos artigos 8.1 (garantias judiciais) e 25.1 (proteção judicial), combinados com o artigo 1.1 (obrigação de respeitar os direitos), ao argumento de que o Estado não disponibilizou um recurso efetivo capaz de garantir, em um prazo razoável, o direito de acesso à justiça com plena observância das garantias judiciais.

⁹⁰⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (Pref.). O Acesso Direito dos Indivíduos à Justiça Internacional. In: LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto (Org.). *Manual de Direitos Humanos Internacionais: Acesso aos Sistemas Global e Regional de Proteção dos Direitos Humanos*. São Paulo: Loyola, 2003.

⁹⁰⁷ A despeito das conquistas alcançadas no âmbito interamericano, o bloqueio à acessibilidade direta dos indivíduos à CIDH impede a plena proteção internacional dos direitos, não suprida pela atribuição de um caráter jurisdicional à atuação da Comissão Interamericana. A assistência da Comissão sob o pretexto de resguardar o exercício e a defesa de direitos individuais, de garantir a autoridade da Corte e a efetividade das suas decisões, no atual contexto internacional, onde a irrestrita acessibilidade aos mecanismos de proteção dos direitos fundamentais constitui pré-requisito essencial à efetividade e coerência interna dos ordenamentos jurídicos, e não pode ser ventilada como justificativa para a inadmissibilidade do acesso individual à tutela jurisdicional internacional. A experiência europeia tem revelado que a proteção internacional dos direitos humanos demanda não só a estruturação de órgãos judiciais supranacionais permanentes com jurisdição compulsória em matéria contenciosa, mas a atribuição aos indivíduos do direito de demandar diretamente a tutela desses órgãos, independente da concordância ou interferência dos seus respectivos Estados.

direito de formular a objeção em outra oportunidade por visualizar caracterizada a renúncia tácita ou implícita.

Conforme o entendimento esposado, se um Estado adota determinada posição que produz efeitos jurídicos, não pode, logo em seguida, em virtude do *princípio do estoppel*⁹⁰⁸ e da doutrina dos atos próprios (*non concedit venire contra factum proprium*), assumir outra conduta que seja contraditória com a primeira e que mude o estado de coisa sobre o qual se baseou a outra parte.

11. O demandante deve apresentar-se como vítima ou como representante de quem tenha suportado os efeitos de uma violação dos direitos consagrados na Convenção por agentes de um Estado-Membro⁹⁰⁹.

Para a admissão da demanda não basta a mera existência de um ato normativo capaz de afrontar o texto da Convenção, é necessário que da sua aplicação *in concreto* tenha resultado ofensa a direito individual. Se o postulante não demonstra satisfatoriamente ser legitimado para provocar a proteção internacional no ato de interposição da demanda, a Comissão está autorizada a declarar-se incompetente *ratione personae* para dela conhecer⁹¹⁰.

O direito de petição, na forma como disciplinado na Convenção, é autônomo, concretiza-se como instituto jurídico de direito internacional que viabiliza o exercício da tutela reparatória fundada nos atos que provoquem violações a direitos humanos, e não está atrelado ao regramento processual ou substantivo doméstico.

12. À semelhança do sistema europeu de proteção dos direitos humanos, no cenário Interamericano, o direito de petição individual é visualizado como cláusula obrigatória de aceitação automática por parte dos Estados que ratificam a Convenção.

⁹⁰⁸ Em direito internacional o princípio do *estoppel*, a despeito das diversas definições que a doutrina e a jurisprudência lhe conferem, incorpora situação resultante de ato ou omissão, e uma ação refratária da outra parte diretamente baseada na conduta adotada, bem como a impossibilidade de quem inicialmente praticou a primeira atitude de tecer alegações em desfavor da parte adversa ou de manifestar-se em sentido contrário, o que implica na proibição imposta às partes de, independentemente de sua verdade ou precisão, adotarem posturas diferentes, subsequentes, sobre a mesma matéria.

⁹⁰⁹ Para Antonio Augusto Cançado TRINDADE, no sistema interamericano, não há falar em plenitude da tutela internacional dos direitos fundamentais, enquanto não se busque “asegurar, ya no solo la representación directa de las víctimas o de sus familiares (*locus standi*) en el procedimiento ante la Corte Interamericana en casos ya enviados a ésta por la Comisión (en todas las etapas del proceso y no apenas en la de reparaciones), sino más bien el derecho de acceso directo de los individuos ante la propia Corte (*jus standi*), para traer un caso directamente ante ella, como futuro órgano jurisdiccional único para la solución de casos concretos bajo la Convención Americana” (In: *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 583).

⁹¹⁰ CIDH, Informe N°. 48/96, Caso nº 11.553, 16 de outubro de 1996.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

Enquanto garantia cuja base normativa está inserta na CADH, na Carta da Organização Interamericana e no Estatuto da Comissão Interamericana, pode ser ventilada tanto contra os Estados signatários da Convenção Americana, como em desfavor dos Estados-Membros da OEA, inclusive aqueles que não tenham ratificado a Convenção Americana.

A confissão do Estado é vista como uma contribuição positiva para o desenvolvimento do processo, mas não dispensa o pronunciamento judicial sobre a gravidade das violações perpetradas.

As sentenças proferidas pela Corte produzem efeito *iter partes* e servem de fundamento jurisprudencial para julgamento de casos análogos. De regra, apresentam natureza declaratória porque não possuem o condão de desconstituir o ato doméstico violador, seja ele administrativo, legislativo ou judicial.

Porém, quando impõem aos Estados a obrigação de reparar ou compensar o dano suportado pelo lesionado, incorpora conteúdo condenatório, passível de ser executado pelo rito aplicado para execução de títulos contra a Fazenda Pública, previsto na legislação do país condenado⁹¹¹.

8.3. Sistemática chancelada no âmbito da CEDH.

13. CEDH assegura aos indivíduos o acesso direto aos seus mecanismos de proteção e tutela jurídica, qualificando-os como titulares dos direitos nela consagrados, alguns dos quais, devido à formatação que lhes é atribuída pelo esforço interpretativo do Tribunal, chegam a superar o catálogo dos direitos recepcionados nas Constituições.

O teor do seu artigo 6º normatiza o princípio do processo equitativo como elemento fundamental da preeminência do Direito nas sociedades democráticas, e meio de revelação do direito de acesso a um tribunal competente para decidir sobre a determinação dos direitos e obrigações civis e deliberar acerca das acusações penais

⁹¹¹ Sobre o assunto, conferir: RESCIA, Victor Manuel Rodrigues. *La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de derechos humanos*. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas, 1997; SALVIOLI, Favián Omar. Algunas reflexiones sobre la indemnización en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: LEAL, César Barros, et al. *Estudios básicos de derechos humanos*, nº 3. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 145-164, 1995; e, SANT'ANA, Janice Cláudia Freire. *O Brasil e a Execução de sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Dissertação (Mestrado em Direito)*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2001.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

referidas a pessoas físicas e morais, estrangeiros ou apátridas sob a jurisdição dos Estados pactuantes.

A responsabilização internacional do Estado por não viabilizar o acesso dos cidadãos aos instrumentos de tutela dos seus direitos pode decorrer da denegação da Justiça, da instituição de Tribunais de exceção, da emissão de decisões contrárias ao ordenamento jurídico ou de atos e omissões que impeçam o acesso à prestação jurisdicional célere e eficaz, desenvolvida por tribunal imparcial habilitado para promover a distribuição igualitária da justiça.

Depende, ainda, do enquadramento da conduta imputada como ilícito internacional e da comprovação do nexo de causalidade entre o ato ou fato alegado e o dano suportado. A ilicitude pode se materializar como situação de inaplicabilidade ou de aplicação errônea de norma convencional regularmente recepcionada e incorporada ao ordenamento interno, de recusa da incidência de costume internacional reconhecido pelo sistema nacional, ou de infringência à norma internacional, mesmo que não constitua violação ao ordenamento doméstico.

A imputação de responsabilidade por violações ou danos resultantes de condutas comissivas ou omissivas dos órgãos jurisdicionais pode ser fundada na postergação ou demora na prestação da tutela jurisdicional, ou nos efeitos danosos que as decisões judiciais tenham acarretado a direitos e garantias consolidadas.

A morosidade que obsta a efetivação da justiça revela-se na deficiência instrumental dos remédios judiciais disponibilizados, na previsão de mecanismos protelatórios ou que estendam injustificadamente o processo, e na ineficiência funcional da estrutura judicial.

14. No modelo inicial, a Comissão Européia de Direitos Humanos servia de filtro seletivo e de controle de admissibilidade das reclamações formuladas pelos indivíduos e Estados, e era encarregada da investigação das denúncias e da propositura da ação para responsabilização internacional do Estado.

O artigo 25 da CEDH conferia ao indivíduo o direito de acionar diretamente a Comissão sem qualquer intermediação ou autorização estatal, desde que figurasse como prejudicado por ato ou omissão violadora dos direitos humanos. Com as modificações impostas pelo Protocolo 11, o juízo de admissibilidade das demandas passou a ser da competência de um Comitê constituído por três juízes do Tribunal, para os pleitos

formulados por pessoas distintas das arroladas nos artigos 33 e 34 da Convenção, ou do Juiz relator, nas hipóteses de petição individual diretamente endereçada ao Presidente da Corte.

15. Atualmente, no espaço de incidência da CEDH, qualquer pessoa submetida à jurisdição dos Estados-Membros que alegue violação aos direitos nela cancelados ou em seus Protocolos, por ato ou omissão de agentes estatais, não supridos eficaz e oportunamente pelos instrumentos previstos no âmbito doméstico, tem o direito de demandar, no prazo de seis meses, proteção jurisdicional diretamente a alta Corte Européia para tutela dos Direitos Humanos⁹¹².

Com sede em Estrasburgo, o TEDH, que delibera em sua composição plenária e por suas Seções ou Câmaras, constitui a última instância em matéria de direitos fundamentais no plano de operatividade da CEDH, é composto por juízes nomeados para mandato temporário⁹¹³ dos quais é exigida dedicação exclusiva e inteiramente desvinculada dos seus Estados de origem.

Ao Tribunal, na sua formação plenária, compete, de regra, decidir sobre as questões administrativas internas. A competência jurisdicional é exercida, basicamente, pelos Órgãos fracionários, os Comitês de Juízes realizam o exame de admissibilidade dos pleitos ajuizados, e as Salas, formadas por sete juízes, detém competência ordinária para conhecer e julgar as demandas individuais admitidas.

A Grande Sala, composta por dezessete juízes, tem competência ordinária para conhecer e julgar as causas remetidas pelas Salas, ao fundamento de que as matérias deduzidas suscitam questões graves acerca da interpretação da Convenção e de seus Protocolos, ou demandam respostas capazes de contrariar entendimento anteriormente cancelado pela Corte, desde que não haja oposição de qualquer das partes⁹¹⁴. Detém,

⁹¹² Sobre a concretização dos Direitos no âmbito do TEDH, conferir: SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos, 2003; OVEY, Clare e WHITE, Robin. *The European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002; JIMÉNEZ, Argelia Queral. *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, e MIGUEL, Carlos Ruíz. *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos, 1997.

⁹¹³ Durante o qual é vedado o exercício de atividade incompatível com as exigências da imparcialidade, independência e disponibilidade de tempo, sendo assegurada ao magistrado nomeado inamovibilidade e a garantia de somente ser destituído do cargo por decisão de dois terços dos seus pares (Art. 23, da CEDH).

⁹¹⁴ Joaquín Brague CAMAZANO destaca que o Protocolo nº 11, que entrou no dia 1 de novembro de 1998, fixou nova estrutura organizacional para o TEDH suprimindo “o importante filtro, hasta entonces operante, de la Comisión Europea de Derechos Humanos (que siguió operando, no obstante, interinamente por un año, hasta el 31 de octubre de 1999), así como la jurisdicción del Comité de

ainda, competência extraordinária para conhecer e apreciar os recursos interpostos contra as sentenças proferidas pelas Salas, cujo exame de admissibilidade é exercido por um Colegiado formado por cinco juízes.

16. A tutela jurisdicional se aperfeiçoa como resultado de um processo independente e contraditório, de natureza subsidiária, instaurado diretamente por quem afirma ter sido vítima de violação a direito fundamental contra o Estado a quem imputa responsabilidade pela prática de ato ou omissão ofensiva, e se materializa em sentenças dotadas de eficácia internacional.

Apesar de não ter poderes para revogar decisões proferidas pelos Órgãos públicos, jurisdicionais ou não, das administrações nacionais, o TEDH, ao reconhecer a ocorrência de violação às normas da Convenção, pode responsabilizar internacionalmente o Estado impondo-lhe a obrigação de adotar todas as medidas necessárias para eliminar os efeitos dos atos refutados, ou o dever de reparar ou compensar pecuniariamente os danos impingidos aos afetados. Os danos morais serão sempre presumidos.

A decisão da Seção designada para examinar a pretensão em primeira instância reveste-se de caráter definitivo, no entanto, decorridos três meses da sua emissão, poderá o vencido requerer o reexame do mérito pelo Tribunal na sua composição plenária.

17. O acesso do indivíduo ao TEDH consubstancia, na atualidade, princípio basilar do sistema europeu de proteção dos direitos⁹¹⁵. Nos termos do artigo 34 da CEDH, somente são legitimados para postulare os indivíduos, as organizações não governamentais e os grupos de particulares, incluindo as pessoas jurídicas de direito privado⁹¹⁶ que se considerem vítimas de violação por atos e omissões perpetradas pelos Estados Contratantes⁹¹⁷, sendo vedado o acesso aos Estados ou órgãos governamentais

Ministros del Consejo de Europa, y el TEDH ha asumido las funciones de una y otro”. (“Stratisburgum Locutus, Causa Finita”. El “Amparo Intereuropeo” ante el Tribunal de Estrasburgo, Última Instancia de Tutela de los Derechos Fundamentales en Europa. In: *Revista de Direito Público*. Porto Alegre: Síntese – IOB, ano IV, nº 16, pp. 22-86, Abr.-Maio-Jun. de 2007, p. 27).

⁹¹⁵ O Artigo 34 da CEDH estipula de forma clara: “O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa ONG, ou grupo de indivíduos que afirmam ser vítima de uma violação por uma das Altas Partes Contratantes, dos direitos reconhecidos na Convenção ou seus protocolos”.

⁹¹⁶ Caso Santos Monastérios c. Grécia (1994).

⁹¹⁷ O acesso direto dos indivíduos à Corte Europeia, instituído com a edição do Protocolo nº 11, de 11 de maio de 1994, vigente a partir de 01 de novembro de 1998, constitui inovação ao modelo originário que

de qualquer natureza, ainda que constituídos para patrocinar a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos⁹¹⁸.

Não existe restrição legal à legitimação ativa com base na idade ou capacidade de agir do postulante, são admitidos como legitimados os menores e os doentes mentais ou incapazes, sem prejuízo da possibilidade de suprimento da capacidade postulatória no curso do processo. É indispensável, contudo, que o promovente se considere vítima de violação aos direitos garantidos pela Convenção e seus Protocolos, na forma como ratificados pelo Estado a quem imputa a responsabilidade pela ofensa.

O conceito de vítima na jurisprudência da Corte adquiriu significado amplo de modo a abranger o ofendido indireto ou meramente potencial por uma vulneração a direitos fundamentais⁹¹⁹. O legitimado, nos termos do artigo 34 da CEDH, há de ser, ou poder ser, titular de alguns dos direitos nela encartados, ou nos seus Protocolos, no momento em que firmou relações com o Estado demandado (capacidade para ser parte), e ter capacidade para praticar atos processuais válidos (capacidade processual).

Os menores de idade e demais incapazes são representados ou assistidos em juízo pelos seus responsáveis legais, salvo na hipótese de choque de interesses, quando outras pessoas podem atuar representando-os. No caso de falecimento superveniente do legitimado, os herdeiros ou parentes próximos podem se habilitar como interessados e continuar no processo, para tanto, devem comprovar ter legítimo interesse na continuidade da demanda e demonstrar a subsistência do interesse financeiro na solução do litígio.

Contudo, ainda que inadmitida a habilitação de herdeiros e parentes, o Tribunal prosseguirá com o conhecimento da demanda se assim for necessário para assegurar o respeito aos direitos garantidos pela Convenção e seus Protocolos.

As organizações não governamentais, gênero do qual são espécies as pessoas jurídicas, associações e sociedades sem personalidade jurídica e os partidos políticos,

excluía o interessado da fase processual e o impedia de postular diretamente ao Comitê de Ministros. Entendia-se que o interessado, por não ser parte, não tinha o direito de ser ouvido.

⁹¹⁸ Isto não impede que os membros de um governo ou da sua estrutura burocrática ou funcional demandem proteção jurisdicional contra atos ou omissões do seu próprio Estado.

⁹¹⁹ No caso de ofendido desaparecido ou de morte da vítima direta de uma violação, permite-se que os seus herdeiros, parentes ou pessoas que com a mesma tiveram vínculo especial, se habilitem como legitimados supervenientes. (Caso Sevgierdogn c. Turquia), da mesma forma que se admite a legitimação fundada na mera expectativa de aplicação de norma restritiva a um direito (Caso Norris c. Irlanda e caso Klass y otros c. Alemanha).

em princípio, só podem postular a efetividade dos seus próprios direitos e não dos direitos dos seus integrantes, ainda que atuem com o objetivo de defender os interesses dos mesmos.

18. O postulante deve comprovar que assumiu a condição de vítima em razão de ato ou omissão ofensivo a direito que titularize por força de disposição da CEDH e seus Protocolos, e que esgotou todas as vias domésticas com o objetivo de suprimir a ofensa. Mas, o cumprimento desse requisito somente é exigido quando os recursos previstos no ordenamento doméstico se aperfeiçoem eficazes para combater a alegada violação a direito fundamental.

A Corte não impõe ao demandante a obrigação de lançar mão de recursos inadequados e inefetivos⁹²⁰. Insere nesse grupo os recursos que rendam ensejo a decisões que apenas atenuam os efeitos da conduta violadora, pela imposição de compensação indenitária sem supressão da causa; aqueles cujos destinatários da interposição sejam desprovidos de autoridade para reprimir e corrigir a violação; e os recursos cuja efetividade seja bloqueada por obstáculos fáticos ou jurídicos, ou relativamente aos quais haja entendimento jurisprudencial consolidado que inviabilize a possibilidade de êxito da pretensão reparatória ou supressora.

Na hipótese de a defesa incorporar objeção fundada na tese de descumprimento do requisito de esgotamento das vias recursais internas, incumbe ao demandante fazer prova de que satisfaz esse pressuposto, ou que tal exigência demonstra-se descabida em virtude da inexistência de mecanismos internos aptos para combaterem, eficazmente, as violações aos direitos fundamentais (hipótese de vulneração ao teor do artigo 13 da própria CEDH); demonstrar que o manejo dos recursos existentes não seria exitoso; ou comprovar a existência de obstáculos jurídicos ou fáticos à sua utilização⁹²¹.

⁹²⁰ Caso Assanidze c. Georgia (2004).

⁹²¹ Joaquín Brague CAMAZANO defende que o TEDH segue “un criterio bastante antiformalista y casuístico para determinar si un recurso es o no ‘efectivo’, y atiende al caso concreto del demandante de amparo, y no meramente a la situación o regulación abstracta, teórica, global o general. Como dice la STEDH de 8 de abril de 2004, caso ‘Assanidze c. Georgia’, §127, no hay obligación alguna de utilizar los recursos que sean inadecuados o inefectivos, sino sólo los que sean efectivos en la práctica. La exigencia de efectividad del recurso conlleva la de accesibilidad, naturalmente. Y los recursos extraordinarios que no satisfagan los requisitos de ‘accesibilidad’ y ‘efectividad’ no son recursos que haya que agotar a los efectos de poder acudir en amparo ante el TEDH”. (“Strasbourg Locutus, Causa Finita”. El “Amparo Intereuropeo” ante el Tribunal de Estrasburgo, Última Instancia de Tutela de los Derechos Fundamentales en Europa. In: *Revista de Direito Público*. Porto Alegre: Síntese – IOB, ano IV, nº 16, pp. 22-86, Abr.-Maio-Jun. de 2007, p. 46).

19. Nos casos em que a causa de pedir tiver por fundamento a inobservância do prazo razoável para finalização do processo, o postulante deve demonstrar que exauriu todos os recursos que permitiam o combate às dilações indevidas, no entanto, se a ineficácia dos recursos internos é passível de ser deduzida da atitude tolerante das autoridades com relação à reiterada afronta a algum direito assegurado pela Convenção ou seus Protocolos, não subsiste a obrigação do demandante de provar o esgotamento das vias domésticas⁹²².

A exigência do prévio esgotamento dos recursos internos possibilita o respeito à margem de discricionariedade estatal, à medida que vincula os Estados à obrigação convencional de disponibilizar aos jurisdicionados recursos judiciais efetivos para pleitearem, em conformidade com o devido processo legal, a supressão das violações dos seus direitos sem conduzir à conclusão de que o cumprimento desse requisito justifica a demora do processo, ainda que torne inútil a atuação internacional em socorro do ofendido.

Para evitar interpretações equivocadas, a Convenção, no artigo 46.2, estabeleceu exceções à exigência de exaustão dos recursos internos como requisito para invocar a proteção internacional, sobretudo nos casos em que os recursos disponibilizados são inefetivos.

O TEDH analisa de ofício, com base nas provas apresentadas pelo promovente, o cumprimento desse requisito antes de cientificar o Estado suplicado do teor da demanda. A questão, contudo, pode ser revisitada por provocação do Estado, quando chamado a responder a pretensão contra si lançada, incumbindo-lhe produzir prova de que o autor não fez uso de todos os recursos internos disponibilizados para bloquear as ofensas a direitos.

⁹²² Conforme entendimento adotado no julgamento do Caso Irlanda c. Reino Unido, “una práctica incompatible con la Convención consiste en una acumulación de infracciones idénticas o análogas que son suficientemente numerosas e interconectadas como para constituir no meramente incidentes aislados o excepciones, sino un patrón o sistema; una práctica no constituye por sí misma una violación separada de tales infracciones. Es inconcebible que las autoridades supremas de un Estado sean inconscientes, o al menos que puedan serlo, acerca de la existencia de tal práctica. Además, conforme a la Convención, aquellas autoridades son estrictamente responsables por la conducta de sus subordinados; están sujetas a un deber de imponer su voluntad a sus subordinados y no pueden refugiarse en la incapacidad para asegurar que ello se respeta. El concepto de práctica es de importancia particular para el funcionamiento de la regla de agotamiento de los recursos domésticos [...] en principio, la regla no se aplica cuando el Estado solicitante se queja de una práctica como tal, con el objetivo de evitar su continuación o recurrencia, pero no solicita al [...] Tribunal que adopte una decisión sobre cada uno de los casos presentados como prueba o ilustración de esa práctica” (§159).

20. Para além do esgotamento das vias domésticas de impugnação, é dever do postulante demonstrar, também, que prequestionou a vulneração a direitos fundamentais perante as instâncias nacionais⁹²³. Nos termos do artigo 35 da CEDH as pretensões formuladas perante o TEDH somente têm trânsito depois de esgotadas as vias domésticas, observado o prazo de seis meses contados da decisão definitiva adotada.

A Corte não admite demanda sem identificação do autor, que incorpore pleito manifestamente abusivo, infundado, incompatível com as disposições Convencionais ou de seus Protocolos, ou já apreciado pelo Colegiado ou por outra instância internacional, salvo se fundada em novos fatos.

Não são permitidas demandas formuladas por quem não ostente a condição de vítima, seja desprovido de legitimidade ou careça de capacidade processual ou para ser parte, e que contenha pleitos lançados contra Estado que não figura como parte na CEDH ou ao qual não se possa imputar responsabilidade pela conduta violadora refutada.

A tutela jurisdicional prestada pelo TEDH somente se materializa quando estiver em jogo algum direito fundamental cancelado e garantido pela CEDH e seus Protocolos, e desde que o Estado demandado os tenha ratificado. O parâmetro para o exame da adequabilidade da conduta é a estrutura de direitos reconhecidos e garantidos pela CEDH e seus Protocolos adicionais, especialmente, aqueles minimamente comuns aos Estados-Parte e aqueles particularmente ratificados por alguns em razão da adesão à Convenção.

21. Apenas quem figure como Alta Parte Contratante da CEDH pode ser demandado como responsável pelos atos e omissões violadores de direitos, perpetradas a qualquer nível pelos agentes públicos no exercício dos poderes legislativo, executivo e judiciário.

⁹²³ Joaquín Brague CAMAZANO denomina de requisito da subsidiariedade formal a exigência da demonstração do esgotamento das vias recursais internas, e de requisito da subsidiariedade material a necessidade de comprovação de que a tese de vulneração aos Direitos fundamentais foi ventilada perante os Tribunais Domésticos. Pondera que “el solicitante de amparo deberá haber respetado las normas procesales nacionales correspondientes, de manera que si no ha planteado el recurso en forma, desaprovecha plazos de interposición o fundamentación, deja de abonar anticipos de costas exigidos conforme o Derecho, o no cumple otros requisitos formales, y sus recursos son desestimados, no se habrá respetado el requisito de la subsidiariedad horizontal o material, aunque ello es distinto si tales requisitos se aplican de modo abusivo en contra del ahora demandante de amparo ante el TEDH”. (“Stratisburgum Locutus, Causa Finita”. El “Amparo Intereuropeo” ante el Tribunal de Estrasburgo, Última Instancia de Tutela de los Derechos Fundamentales en Europa. In: *Revista de Direito Público*. Porto Alegre: Síntese – IOB, ano IV, nº 16, pp. 22-86, Abr.-Maio-Jun. de 2007, p. 49).

Conquanto os particulares não possam figurar no polo passivo das demandas ventiladas perante o TEDH, é precipitado sustentar que os direitos fundamentais garantidos pela CEDH não incidam nas relações entre particulares.

No espaço doutrinário e jurisprudencial europeu tem ampla aceitação a construção alemã que confere aos direitos fundamentais dois planos de eficácia, uma direta e outra indireta, posicionando neste último os direitos encartados na Convenção, de maneira a permitir que considerável parcela das afirmadas lesões a direitos fundamentais resultantes das relações privadas possa ser igualmente imputada ao Estado por descumprimento da sua obrigação de assegurar o exercício desses direitos na sua ordem jurídica.

Mantendo o pioneirismo na fixação de parâmetros normativos, o TEDH tem acolhido a tese de aplicação do efeito horizontal da CEDH para estender a sua incidência às relações privadas ou interindividuais, e permitir a responsabilização do Estado quando sua legislação torna possível ou facilita a violação de um direito fundamental por ato de particular.

Nesses casos, a conduta tida como reprovável não é a materializada pelo comportamento do terceiro, mas a ação ou missão do agente estatal que permitiu a prática, por particulares, de atos ofensivos aos direitos e liberdades definidos na Convenção cujo gozo e fruição estava obrigado a assegurar⁹²⁴.

A imputação de responsabilidade pela via do efeito horizontal pode resultar da inércia estatal em promover as medidas necessárias e adequadas para prevenir ou limitar as lesões particulares ao direito garantido, incluindo a inação ou omissão do legislador nacional⁹²⁵, ou decorrer do fato de o Estado encorajar ou facilitar a prática de condutas lesivas a direitos individuais tornando-as lícitas ou legítimas.

Ao apreciar as demandas fundadas nessa espécie de violação, a Corte desenvolve o controle de proporcionalidade entre os interesses particulares e o interesse geral para determinar até onde é possível ou aceitável, numa sociedade democrática, a ingerência de um particular no direito ou prerrogativa do outro, em virtude do que lança mão de conceitos ou noções autônomas com o objetivo de identificar um direito comum

⁹²⁴ Lopez Ostra c. Espanha (1994).

⁹²⁵ Young, James e Webster c. Reino Unido (1981).

que permite a superação da imprecisão dos termos convencionais e a falta da homogeneidade dos ordenamentos nacionais⁹²⁶.

22. Nas demandas formuladas e admitidas perante o TEDH, a Alta Parte Contratante cujo nacional seja postulante, tem direito de apresentar alegações escritas e de participar do processo. O Presidente da Corte pode, excepcionalmente, e no interesse da boa administração da justiça, convidar para participar do processo e apresentar observações escritas, Estado Contratante que não tenha sido eleito como parte da demanda ou qualquer pessoa física ou jurídica interessada, principalmente, quando a solução visualizada revelar-se passível de produzir efeitos no patrimônio jurídico dos mesmos.

Embora estabeleça que os legitimados possam formular as demandas diretamente ou por intermédio de representante, o Regimento Interno do TEDH prevê que, em sendo admitida a postulação, depois de notificado o Estado-Parte demandado do teor da demanda, o demandante deve estar bem representado por advogado habilitado para exercer o patrocínio jurídico em qualquer dos Estados-Parte, ou por qualquer outra pessoa admitida pelo Presidente da Sala, se outra decisão não for adotada (Art. 54 do RTEDH), competindo-lhe outorgar ou não o benefício da assistência jurídica gratuita, mediante oportuna comprovação da insuficiência econômica do demandante (Art. 91 e seguintes, do RTEDH). O Estado demandado, por sua vez, é representado por agentes autorizados a contar com a assistência de advogados e assessores (Art. 35 do RTEDH).

O processo instaurado, de regra, é focado na ação ou omissão apontada pelo postulante como ofensiva a um dos Direitos garantidos pela CEDH e seus Protocolos, e na pretensão de natureza declaratória e condenatória nela fundada⁹²⁷.

⁹²⁶ Engel e Al. c. Países Baixos (1973) e König c. RFA (1978).

⁹²⁷ SENDRA, Vicente Gimeno y ALLARD, Pablo Morenilla. *Los procesos de amparo (civil, penal, administrativo, laboral, constitucional y europeo)*. Madrid: Colex, 2003, p. 218. A decisão proferida pelo TEDH, para Joaquín Brague CAMAZANO, será “basicamente declarativa, pues se limitará a constatar la violación de un derecho humano o fundamental, aunque ello conllevará para el Estado demandado la “obligación de resultado” de llevar a cabo todas las actuaciones precisas (en el orden legislativo, administrativo o judicial y en cualquier ámbito territorial) para corregir la vulneración de ese derecho y evitarla en lo sucesivo, disfrutando en principio (con la salvedad de las sentencias piloto, que luego se comentarán) de “libertad de medios” para lograr ese fin, pero también existiendo garantías colectivas efectivas para asegurar el cumplimiento de las sentencias por el Estado demandado” (“Strasbourg Locutus, Causa Finita”. El “Amparo Intereuropeo” ante el Tribunal de Estrasburgo, Última Instancia de Tutela de los Derechos Fundamentales en Europa. In: *Revista de Direito Público*. Porto Alegre: Síntese – IOB, ano IV, nº 16, pp. 22-86, Abr.-Maio-Jun. de 2007, p. 36).

23. O prazo para ajuizamento da pretensão é de seis meses contados da consolidação do caráter definitivo da decisão administrativa ou judicial proferida internamente sobre a alegação de ofensa a direitos assegurados pela Convenção ou seus Protocolos (Art. 35 da CEDH).

O termo inicial varia de acordo com a disciplina interna para comunicação dos atos processuais. Se há exigência de notificação do demandante, o *dies a quo* da contagem do prazo será o da data da sua concretização, não havendo previsão dessa formalidade, o cômputo do prazo terá por base o dia em que as partes podiam conhecer, de fato, o conteúdo da sentença.

No entanto, se o Estado opõe entraves à tramitação da demanda perante o TEDH, a Corte não a considera intempestiva. Na hipótese de o ordenamento doméstico não disponibilizar recursos, ou quando estes se revelarem inefetivos, a contagem do prazo terá início na data dos fatos.

Em se tratando de uma situação de vulneração continuada de um ou vários direitos garantidos pela CEDH e seus Protocolos, o prazo será computado a partir da cessação da ofensa. Nos casos em que somente após recorrerem às instâncias nacionais os demandantes constatarem a ineficácia das vias recursais, o termo inicial será o momento em que os mesmos tomaram conhecimento das circunstâncias que evidenciam a inefetividade do recurso.

A existência de dúvida quanto à eficácia da medida não elide a obrigação de o ofendido interpor o recurso em virtude da necessidade de cumprir os requisitos do esgotamento das vias domésticas, uma vez que ao TEDH competirá deliberar sobre a sua efetividade. O exame da tempestividade pode ser realizado de ofício ou por provocação, em qualquer fase processual, e pode acarretar a inadmissão da demanda, o arquivamento do processo ou óbice ao conhecimento das questões de fundo nele suscitadas⁹²⁸.

24. Além da observância do prazo para propositura e da comprovação do esgotamento das vias recursais internas, exige-se que o recurso não constitua repetição de outro já examinado pela Corte ou por outra instância internacional, nem seja manifestamente infundado, abusivo, fantasioso ou incorpore insultos a representantes estatais.

⁹²⁸ Assanidze c. Georgia (2004).

Considera-se deficiente de fundamentação a demanda carente de elementos probatórios dos fatos narrados ou quando estes não revelem, *a priori*, violação ao texto da Convenção.

O demandante deve, ainda, provar que invocou materialmente a ocorrência da lesão perante as autoridades nacionais. Entretanto, como a Corte pode atribuir aos fatos alegados qualificação jurídica diversa, dispensa-se a referência específica aos dispositivos da Convenção, é suficiente que a arguição tenha por fundamento violação a normas internas equivalentes às recepcionadas na CEDH⁹²⁹.

25. Embora a CEDH não discipline a adoção de medidas cautelares, o TEDH e a Comissão Europeia de Direitos Humanos incluíram nos seus Regimentos disposições que permitem a manejo de providências acautelatórias com o objetivo de garantir o adequado desenvolvimento dos processos.

A Corte tem admitido pleitos de natureza acautelatória⁹³⁰ ao fundamento de que a CEDH, enquanto instrumento de proteção dos direitos fundamentais, exige que a interpretação e aplicação das suas normas se aperfeiçoem de maneira a proporcionar que as suas salvaguardas sejam efetivas e práticas, impondo ao Estado envolvido no conflito a abstenção de condutas capazes de coagir o demandante ou inutilizar o objeto do processo⁹³¹.

Pode pleitear tutela cautelar quem se considere vítima de violação de algum dos direitos encartados na CEDH, incumbindo-lhe, em razão do caráter absolutamente excepcional das medidas cautelares, apresentar provas que tornem as suas alegações verossímeis e plausíveis.

26. As demandas admitidas e processadas pelo TEDH, de regra, são encerradas mediante prestação de tutela jurisdicional de mérito, aperfeiçoada numa sentença que resolve as objeções processuais e as questões de fundo suscitadas pelos litigantes, consubstanciada em pronunciamento essencialmente declaratório que afirma a ocorrência ou não de violação ao texto convencional. O provimento não produz o efeito

⁹²⁹ Guzzardi c. França (1980).

⁹³⁰ Casos Mamatkulov y Askarov c. Turquía, Cruz Varas y otros c. Suecia e Conka y Otros c. Bélgica.

⁹³¹ Este tem sido entendimento também chancelado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisprudência vem destacando que a finalidade da CADH é garantir a proteção efetiva dos direitos humanos, em razão do que os Estados têm a obrigação de não atuar de forma a impedir a fruição desses direitos (Caso James e Outros c. Trinidad y Tobago). O Tribunal Internacional de Justiça também reconhece o caráter vinculante de suas medidas cautelares (Caso México c. Estados Unidos).

vinculante próprio das leis nem obriga ao Estado infrator a anular ou cassar a decisão violadora⁹³².

Constitui modalidade anômala de terminação dos processos que tramitam perante o TEDH, a superveniente celebração de acordo entre as partes, hipótese na qual o Tribunal, mediante resolução, cancela o registro de entrada da demanda e promove o arquivamento dos autos.

Quando viável, incumbe ao Secretario do Tribunal instar as partes a tentarem uma solução amigável sob a mediação de Letrados da própria Corte, observada a confidencialidade das negociações e a necessidade de que o acordo seja fundado no respeito aos direitos fundamentais, a fim de impedir a materialização de resultados prejudiciais para as partes.

27. A decisão que chancela a tese de vulneração a um direito resguardado pela CEDH e seus Protocolos, conforme prevê o seu artigo 41, materializa-se como provimento que impõe a *restitutio in integrum* de acordo com a disciplina jurídica vigente no Estado condenado.

Todavia, se a restituição ao *status quo ante* se evidenciar impossível em virtude das peculiaridades da ordem jurídica do Estado questionado, dos efeitos concretos do ato ou omissão ofensiva, ou mesmo da irreparabilidade do direito violado, a sentença incorporará comando condenatório e imporá ao Estado a obrigação de promover a justa satisfação dos danos materiais e imateriais suportados pelo ofendido⁹³³.

A escolha da forma como tais decisões são cumpridas é deixada a critério do Estado sancionado, mas o controle da eficácia da providência eleita é realizado pelo

⁹³² Esse resultado se deve ao fato de as decisões das Cortes domésticas geralmente constituírem pronunciamentos jurisdicionais acobertadas pelo manto da coisa julgada que as tornam insuscetíveis de serem reexaminadas pela CEDH.

⁹³³ Vicente Gimento SENDRA e Pablo Morenilla ALLARD sobre o assunto assinalam: “es, pues, posible que la sentencia estimatoria de la vulneración alegada obligue al Estado a abonar una determinada suma de dinero. Ello sólo sucederá si, tras la comprobación del carácter irremediable de la lesión causada por la violación, el actor acredita la existencia y extensión del daño (material y moral). Cuando estas condiciones o requisitos de la pretensión han sido objeto de alegación y prueba en el proceso con la necesaria suficiencia, el Tribunal las resuelve en una misma sentencia en la que se pronuncia, en primer lugar, sobre si ha habido o no la violación alegada, y para el caso de declaración de violación, resuelve sobre la restitución o compensación dineraria a cumplir por el Estado infractor. Si, por el contrario, el material debatido no es estimado suficiente por el Tribunal, lo hace constar en la sentencia sobre la declaración de violación y alega que la cuestión de la justa satisfacción del recurrente no está aún preparada, posponiéndola para un segundo proceso limitado exclusivamente a esa cuestión” (In: *Los procesos de amparo (civil, penal, administrativo, laboral, constitucional y europeo)*. Madrid: Colex, 2003, p. 219).

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

Comitê de Ministros que tem competência para advertir formalmente aquele que se recusou a respeitar o conteúdo de um julgado definitivo. Somente depois de constatada a omissão do poder público em adotar as providências positivas que a concretização do direito a um processo equitativo exige, será possível responsabilizar (sancionar) o Estado recalcitrante.

Ao desempenhar suas funções jurisdicionais, o Tribunal, apesar de não se submeter aos comandos das suas decisões anteriores (Art. 51,§1 da CEDH), na prática, costuma observar a sua jurisprudência com o objetivo de conferir maior segurança e coerência ao entendimento consolidado nos seus julgados. Porém, nada o impede de se afastar da orientação adotada quando razões imperiosas o justifiquem⁹³⁴.

28. Das decisões proferidas, apenas as que denegam ou indeferem a pretensão formulada não comportam recurso. As demais podem ser objeto de pleito de reexame pela Grande Sala, no prazo de três meses, contados da prolação, desde que fundado em questão grave de caráter geral ou relativa à interpretação e aplicação da Convenção e seus Protocolos.

O exame da admissibilidade do recurso é realizado por uma Comissão de Cinco Juízes, da qual não poderá participar juiz que tenha integrado o colegiado que decidiu sobre a admissibilidade da demanda ou do julgamento das questões de fundo deduzidas na postulação inicial.

O artigo 80 do Regulamento do TEDH disciplina o recurso de revisão passível de ser interposto pelos litigantes quando, depois de proferida a sentença, tornam-se evidentes fatos que, por sua natureza, se fossem conhecidos antes da decisão poderiam ter influenciado de modo determinante na fixação do conteúdo do provimento jurisdicional.

29. Em conformidade com o disposto no artigo 44 da CEDH, as sentenças proferidas pela Grande Sala, em qualquer caso, são definitivas, ao passo que as decisões adotadas por uma Sala só adquirem este atributo quando as partes declararem expressamente que não pleitearão a remessa da demanda para a Grande Sala, quedarem inertes por mais de três meses após o julgamento, ou quando o Colegiado da Grande Sala rechaçar a demanda de remissão formulada.

⁹³⁴ Acórdão Cossey c. Royaume-Uni (1976).

As decisões transitam em julgado, formal e materialmente, e só produzem efeitos entre as partes. Na hipótese de provimento condenatório, ao Estado incumbe arcar com a indenização fixada pela Corte a título de reparação e/ou compensação pelos danos patrimoniais e morais suportados pela vítima.

Quando a sentença apenas declara a violação a um direito fundamental acarreta para o Estado a obrigação de promover alterações legais a fim de evitar que novas ofensas se concretizem. As deliberações do TEDH não têm o condão de revogar normas, anular atos jurídicos ou cassar sentenças proferidas pelos Tribunais nacionais. O Estado demandado tem discricionariedade para eleger os mecanismos necessários para impedir que novas vulnerações sejam perpetradas.

O artigo 79 do Regulamento do TEDH autoriza às partes demandarem da Corte a interpretação de uma sentença, mediante a precisa especificação do ponto obscuro ou controvertido da decisão, podendo o Tribunal realizar, de ofício ou a requerimento das partes, correções e retificações de erros materiais, ortográficos ou de cálculo.

Argumentos conclusivos.

1. A presente investigação foi levada a efeito não com o objetivo de produzir conclusões teoricamente fechadas, mas com a finalidade de delinear novas perspectivas e reflexões sobre a problemática da acessibilidade ao direito e à justiça numa realidade onde a sua concretização normativa é fragilizada pela ausência de uniformidade nas concepções jurisprudenciais que revelam o seu conteúdo, significado e extensão e pela falta de eficiência operacional dos sistemas jurídicos.

No curso da pesquisa constatou-se que, na antiguidade, a despeito do caráter preponderantemente privado das vias de solução dos conflitos, a análise de alguns textos normativos produzidos, no período, revela a tentativa de sistematização de fórmulas de acessibilidade ao direito e de administração da justiça civil, e certa preocupação com a estruturação de meios capazes de facilitar o ingresso dos indivíduos aos mecanismos e rituais de composição de litígios e tutela dos direitos.

Somente com os influxos da filosofia grega e a estabilização de uma perspectiva organicista de sociedade, o direito de recorrer a um tribunal habilitado para solver questões de natureza privada mediante a aplicação das normas, sagrou-se como elemento indissociável da convivência pacífica.

Consolidado, no ocidente, como paradigma de organização das sociedades e de catalisação do exercício do poder, o Estado Moderno assumiu a função de distribuir a justiça por intermédio do processo de interpretação e aplicação do direito e da atribuição do caráter obrigatório das decisões dele resultantes.

Com a adoção do modelo liberal, o aparato institucional de tutela dos direitos despontou como espaço acessível apenas a quem pudesse suportar as despesas do processo, o direito de acesso à justiça, concebido como mera garantia formal, incorporou o sentido de acesso à ordem jurídica enquanto sistema fechado e autônomo de normas e institutos indiferentes à realidade social, e de acesso a mecanismos de composição de conflitos concretizados mediante operações lógicas de subsunção realizadas por juízes letrados capazes de produzir decisões racionalmente fundamentadas em princípios e construções teóricas corretamente alinhadas ao direito posto e isentas de arbítrio e de parcialidade.

A atividade jurisdicional, até a primeira guerra mundial, desenvolveu-se de forma tímida e politicamente neutralizada com relação às demais funções estatais. O apego ao princípio da legalidade e da subsunção racional-formal impedia ao órgão julgador decidir sem observar a moldura legal, o processo de interpretação/aplicação do direito reduzia-se a uma técnica de subsunção lógica dos fatos às normas sem quaisquer referências sociais, éticas, políticas, econômicas ou culturais.

Com a implantação do paradigma do Estado do bem-estar social, a estrutura jurisdicional emancipou-se como sistema aberto a todos, responsável pela distribuição igualitária da justiça e pela efetivação dos instrumentos normativos idealizados para garantir a consecução do bem-comum e da justiça social. A problemática do acesso ao direito e à justiça é posicionada no espaço discursivo sobre o lugar e o papel social do homem e a imposição de limites ao exercício dos direitos.

Como peça essencial no jogo do poder político, a função jurisdicional despontou como atividade pautada na redução das desigualdades sociais e na realização ágil, eficaz, transparente e eficiente dos valores e princípios que integram o ordenamento jurídico, e responsável pela fixação da moldura, conteúdo e significado do direito de acesso à justiça.

Todos os sistemas jurídico-constitucionais do ocidente incorporaram, com maior ou menor destaque, a normatização do acesso ao direito e à justiça, quer pelo destaque aos princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional, do contraditório e da ampla defesa, e o tratamento inovador do princípio do dispositivo e da equalização dos ritos, quer pela disciplina da participação das partes na instrução probatória, da distribuição dos papéis entre os litigantes e o julgador e da publicidade dos debates.

No plano internacional, a normatização do acesso ao direito e à justiça foi submetida a um processo de estabilização concretizado por intermédio da sua positivação em declarações ou proclamações de princípios inseridos em instrumentos pactícios internacionais; da sua qualificação como preceito vinculativo; e da instituição de sistemas internacionais e regionais de controle jurisdicional da sua efetivação no âmbito nacional e supranacional.

2. Constatou-se que, em qualquer cenário, antes de ser rotulado como categoria normativa, o acesso ao direito e à justiça é concebido como aspiração comum, valor

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

essencial que guia e serve de referencial às formas de pensar e de agir, materializando-se como invariante axiológica que condiciona a essência da atividade estatal de distribuição da justiça.

Nesse nível é também revelado como princípio jurídico, dotado de eficácia autônoma, que confere consistência ao ordenamento, orienta a prestação da tutela jurisdicional dos direitos, e só incide com força constitutiva ou criadora de normas quando inserido num ordenamento que lhe confira um ‘valor de derivação conceitual’ lógico e racional e o autoriza a operar normativamente como parcela juridicamente dogmatizada de um sistema de normas ou de precedentes.

Positivado como espécie normativa, a sua qualificação como princípio ou como regra decorre da construção hermenêutica desenvolvida pelo intérprete/aplicador, o qual, a depender da situação concreta, pode manuseá-lo como enunciado que fixa deveres de otimização passíveis de serem aplicados em várias gradações conforme as possibilidades normativas e fáticas, ou que prescreve obrigações que devem ser cumpridas de forma absolutas.

Nos sistemas adeptos do modelo romano-germânico a consagração do acesso ao direito e à justiça como princípio jurídico não positivado ou como norma formalizada, consolida-se, não pela circunstância de constar oficialmente em um texto normativo ou por ter sido encampado pela jurisprudência, mas pelo fato de resultar de um processo no qual o seu conteúdo é continuamente adequado às novas conjunturas econômicas, sociais e culturais segundo o programa de política jurídica em vigor.

Quando integrado às ordens constitucionais é concebido como prerrogativa social cuja concretização depende do esforço oficial para executar prestações positivas com o objetivo de responder, de forma satisfatória e em tempo razoável, às postulações formuladas perante os órgãos responsáveis pela prestação da tutela jurisdicional, e como garantia e princípio processual atrelado à efetivação de um processo equitativo capaz de produzir decisões rápidas e eficientes.

Em Portugal, o direito de acesso aos tribunais é concebido como o direito a uma solução jurídica dos conflitos em um prazo razoável e com observância das garantias de imparcialidade e independência, por meio de um processo no qual tenha sido assegurado o correto funcionamento das regras do contraditório, e proporcionado a cada

parte a prerrogativa de deduzir as suas razões de fato e direito, oferecer provas e controlar a produção pelo adversário de elementos formadores de convicção.

No Brasil, o direito de acesso à justiça é reverenciado como postulado que garante a inafastabilidade da jurisdição atribuí ao Poder Judiciário competência para apreciar alegações de ameaça ou lesão a direito individual, e viabiliza a fruição dos demais direitos fundamentais.

Nos sistemas de direito casuístico o direito de acesso à justiça é revelado pela jurisprudência como princípio válido e obrigatório, independente da categoria normativa na qual tenha sido enquadrado.

3. A pesquisa evidenciou que nos sistemas jurídicos do ocidente, o texto que positiva o direito de acesso à justiça é tratado como mero ponto de partida ou dado de entrada no processo de interpretação/aplicação que lhe confere conteúdo normativo passível de aplicação, desenvolvido no plano nacional, de regra, pelos tribunais competentes para exercerem a jurisdição constitucional, e no espaço internacional e comunitário, pelas Cortes supranacionais responsáveis pelo exame da adequação das condutas dos Estados e Organismos internacionais ou regionais às normas convencionais.

Por resultar da atividade de interpretação/aplicação desenvolvida no âmbito argumentativo de um processo, no qual problemas hermenêuticos são posicionados ao lado das questões postas pela situação concretamente considerada, o direito de acesso à justiça se materializa na decisão que lhe confere significado, cujo conteúdo deve incorporar e permitir a identificação dos motivos sociais, ideológicos, políticos e econômicos utilizados para justificá-la, e o exame da aptidão da resposta dada pelo texto para concretizar fielmente os fins que informam a ordem jurídica posta.

Tanto nos sistemas de direito codificado, como nos países adeptos do modelo anglo-norte-americano, onde não se colocam questões relativas à fidelidade à legislação, ao julgamento *contra legem* e à identificação de princípios não positivados, o conteúdo atribuído ao direito de acesso à justiça transforma-se cada vez que a ideologia que norteia a ordem jurídica incorpora novos valores.

A moldagem do direito de acesso à justiça é condicionada pelas contingências decorrentes dos processos sociais que determinam a evolução dos sistemas jurídicos, e

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

sofre os efeitos da instrumentalização do direito como via mutável e instável de concretização de interesses específicos.

4. Do trabalho também sobressai que a problemática do acesso ao direito e à justiça no mundo contemporâneo tem a ver com as inconsistências no processo de estabilização do Estado nacional.

Destaca-se que, no ocidente, a qualificação do direito de acesso à justiça como direito fundamental é produto da evolução social, jurídica e política do Estado enquanto detentor do monopólio da administração da justiça e responsável por assegurar a cada cidadão o pleno conhecimento dos seus direitos e o direito à efetiva concretização das vantagens deles resultantes.

Qualificado como norma de direito fundamental, contempla o direito à informação e à proteção jurídicas, e a prerrogativa de acesso aos Tribunais consubstanciada no direito à tutela jurisdicional e na garantia de que a ninguém pode ser denegada justiça por insuficiência econômica.

Dimensionado como direito a um processo equitativo e de acesso a uma ordem jurídica justa, envolve tanto a observância do devido processo legal e a promoção do pleno acesso à prestação jurisdicional, com a certeza de que os resultados obtidos com a tutela sejam individual e socialmente eficazes.

Conquanto estabilizado como garantia fundamental, a sua realização é problemática, sobretudo, em virtude da incapacidade dos sistemas jurídicos para suplantarem os obstáculos que lhe são opostos, dos quais despontam com maior destaque os de ordem econômico-financeira, os que dizem respeito à duração do litígio, à superioridade de uma das partes e à vulneração dos direitos coletivos, difusos ou homogêneos.

As condições de acessibilidade variam e são condicionadas pelas circunstâncias objetivas e subjetivas que desencadeiam o conflito, pelo grau de desobstrução das vias de acesso ao conhecimento e à informação sobre os direitos e às fórmulas e mecanismos permitidos pelo sistema para efetivá-los, bem como pelas contingências econômicas e culturais que determinam as concepções locais sobre o que caracteriza ameaça ou violação a direitos.

Demonstra-se que não é a criação de uma estrutura composta por advogados habilitados para prestarem assistência jurídica ampla que proporcionará o pleno acesso a uma ordem jurídica justa. Para além da assistência jurídica é preciso que sejam reformados os procedimentos, modificadas as estruturas dos tribunais, racionalizados os serviços judiciais e priorizada a composição amigável dos litígios.

5. Constatou-se que a concretização dos direitos civis no âmbito do direito internacional e comunitário, a exemplo do que se verifica em qualquer sistema doméstico, é fundada na garantia da disponibilização de remédios judiciais suficientemente aptos para viabilizarem de forma eficiente a tutela jurisdicional desses direitos, quando os mecanismos nacionais de eliminação de violações a direitos e de reparação ou compensação dos danos suportados pelos seus titulares aperfeiçoam-se ineficazes ou insatisfatórios.

No plano supranacional a expressão acesso à justiça também incorpora um significado geral que o revela como a possibilidade do indivíduo, numa dada situação concreta, tanto provocar a tutela jurisdicional de uma Corte internacional ou comunitária, como de ser ouvido nos casos em que a tutela pleiteada possa afetar direta ou indiretamente o seus direitos, e, ainda, em qualquer caso, a prerrogativa de ver o seu caso apreciado segundo os padrões de justiça chancelados nas normas de direito internacional ou comunitário.

Demonstra-se que a CEDH e a CADH contemplam o direito de acesso ao direito e aos tribunais como prerrogativa que se concretiza por intermédio de um processo equitativo, consagrando a garantia do contraditório, da publicidade, da imparcialidade e independência, da proteção jurídica eficiente, da duração razoável do processo e do duplo grau de jurisdição como suas emanações ou manifestações.

Conquanto a jurisprudência do TEDH não revele o direito de acesso à justiça como prerrogativa absoluta, prevalece o entendimento de que as restrições ao seu exercício somente se justificam diante de circunstâncias excepcionais que indiquem existência de um perigo público que ameace a integridade nacional.

A CIDH qualifica o direito de acesso à justiça como prerrogativa fundamental do jurisdicionado de obter todas as garantias que permitam o alcance de decisões justas, cuja efetividade demanda a proteção igualitária e efetiva da lei e a disponibilização de

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

todos os instrumentos necessários para a tutela dos direitos e a composição dos conflitos em tempo razoável e de forma eficaz.

6. Do estudo depreende-se que, em qualquer cenário, não basta que a jurisdição seja organizada para resolver os conflitos, é necessário que os procedimentos adotados incorporem garantias de correção capazes de assegurar desfechos que se moldem à noção de justiça assente na sociedade.

Para além dos obstáculos de natureza econômica relacionados com a miserabilidade das pessoas, dos óbices de ordem organizacional decorrentes das dificuldades para tutelar os interesses coletivos ou difusos, e das limitações de índole processual produzidas pela ineficácia dos instrumentos processuais idealizados para assegurarem a efetividade dos direitos, constituem graves entraves à acessibilidade a uma ordem jurídica justa e aos meios de salvaguarda dos direitos, a incerteza normativa, a inflação regulamentar, e a consagração de uma perspectiva estática e formalista da ordem jurídica, de modo a circunscrever a atividade dos intérprete/aplicador à mera função conservadora do ordenamento normativo instituído.

7. Aponta-se que, no contexto da efetivação dos direitos, o sistema judicial de proteção é o que oferece maiores garantias e melhores condições de êxito. Quando as violações não são eliminadas, nem reparadas pelos mecanismos nacionais, a jurisdição internacional torna-se o único espaço acessível para a salvaguarda dos direitos, desde que mantida como princípio geral do direito internacional, a exigência de esgotamento dos remédios jurídicos domésticos como pressuposto para desobstrução do recurso aos meios supranacionais de tutela.

A disponibilização de mecanismos eficientes de tutela jurisdicional constitui, na atualidade, a principal forma de planificação, no espaço nacional e internacional, dos direitos fundamentais, cuja realização exige que as prerrogativas individuais e coletivas se estabilizem num cenário jurídico preestabelecido e reforçado por garantias juridicamente precisas e eficazes.

Do texto proposto é possível concluir, finalmente, que, em qualquer contexto, o acesso ao direito e à justiça, conquanto entronizado como norma destacada pelos atributos da fundamentalidade e da universalidade, e referendada pela maioria das Cartas Políticas da atualidade e dos instrumentos pactícios internacionais e regionais

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

que tratam dos direitos fundamentais, consubstancia prerrogativa cuja concretização é simbólica, não só em virtude da ambiguidade do seu conteúdo e da falta de autonomia operacional dos sistemas jurisdicionais, mas, sobretudo, por ser posicionado no plano dos direitos desprovidos de caráter absoluto, passíveis de serem delimitados de acordo com a conveniência política, econômicas e social de cada época.

Resumo

O texto aborda o acesso equitativo à justiça civil como direito humano fundamental previsto na maioria das constituições e convenções internacionais da atualidade. Demonstra que seu conteúdo normativo é moldado pela jurisprudência dos Tribunais e é condicionado pelas variáveis sociais e econômicas que afetam a atividade jurisdicional. Evidencia que, a despeito de ser consagrado como prerrogativa que assegura a cada cidadão o pleno conhecimento dos seus direitos e a efetiva concretização das vantagens que deles resultam, não incorpora caráter absoluto, e para ter efetividade plena, pressupõe que o processo, enquanto instrumento de realização dos direitos, se desenvolva de forma equânime, célere e capaz de produzir decisões justas e eficazes.

Palavras - chave: acesso à justiça, processo equitativo, efetividade dos direitos.

Résumé

Ce document traite de l'accès équitable à la justice civile comme un droit fondamental prévu dans la plupart des constitutions et des conventions internationales d'aujourd'hui. Démontre que son contenu normatif est façonnée par la jurisprudence des tribunaux et est conditionnée par les variables sociales et économiques qui influent sur l'activité judiciaire. Montre que, en dépit d'être consacré comme une prérogative qui garantit à chaque citoyen la pleine connaissance de leurs droits et la réalisation effective des avantages qui en découlent, ne pas incorporer caractère absolu, et d'avoir plein suppose d'efficacité que le processus comme un moyen d'atteindre droits, de développer de manière équitable, rapide et capable de produire des décisions justes et efficaces.

Mots-clés: accès à la justice, un procès équitable, droits effectifs.

Resumen

En este trabajo se aborda el acceso equitativo a la justicia civil como un derecho fundamental establecido en la mayoría de las constituciones y los convenios internacionales en la actualidad. Demuestra que su contenido normativo se forma por la jurisprudencia de los Tribunales y está condicionado por las variables sociales y económicas que afectan a la actividad judicial. Muestra que, a pesar de ser consagrado como una prerrogativa que garantiza a todos los ciudadanos el pleno conocimiento de sus derechos y el cumplimiento efectivo de los beneficios que se derivan de ellos, no incorpora carácter absoluto, y para tener plena eficacia presupone que el proceso como un medio para lograr derechos, para desarrollar de manera equitativa, rápida y capaz de producir decisiones justas y eficaces.

Palabras clave: acceso a la justicia, al debido proceso, los derechos efectivos.

Abstract

This paper addresses the equitable access to civil justice as a fundamental right laid down in most constitutions and international conventions today. Demonstrates that its normative content is shaped by the jurisprudence of the Courts and is conditioned by the social and economic variables that affect the judicial activity. Shows that, despite being enshrined as a prerogative that ensures every citizen the full knowledge of their rights and the effective realization of the benefits that result from them, does not incorporate absolute character, and to have full effectiveness presupposes that the process as a means of achieving rights, to develop equitably, fast and capable of producing fair and effective decisions.

Keywords: access to justice, due process, effective rights.

Referências Bibliográficas

A

AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ABRANCHES, C. A. Dunshee. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

ABRANTES, José João Nunes. *A Vinculação das Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 1990.

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 1964.

ADEODATO, João Maurício Leitão. Para uma Conceituação do Direito Alternativo. *Revista de Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, nº 1, pp. 157-174, 1992.

_____. Sobre um direito subdesenvolvido. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, v. XXI. São Paulo: Brasiliense, p. 71-88, 1989.

_____. A Pretensão da Universalização do Direito Como Ambiente Ético Comum. In: BRANDÃO, Cláudio e ADEODATO, João Maurício (Orgs.). *Direito ao Extremo – Coletânea de Estudos*. Rio de Janeiro: Forense, pp. 167-176, 2005.

_____. *Ética e Retórica: Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2007.

AGUILA, Yann. *Le Conseil Constitutionnel et la Philosophie du Droit*. Paris: LGDJ, 1993.

AFONSO, Orlando Viegas Martins. *Poder Judicial: Independência In Dependência*. Coimbra: Almedina, 2004.

ALEIXO, Pedro Scherer de Mello. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica brasileira. A caminho de um “devido processo proporcional”. In: MONTEIRO, António Pinto, NEUNER, Jörg e SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado. Uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, pp. 417-435, 2007.

ALENCAR, Chico (Org.). *Direitos mais humanos*. Rio de Janeiro: Garamond, 1998.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

ALENCAR, Ana Valderez Ayres Neves de. A Competência do STF para suspender a execução dos Atos Declarados Inconstitucionais. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, vol. 15, nº 57, jan-mar, 1978.

ALEXY, Robert. La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica. In: VALDÉS, E. Garzón (Org.). *Derecho y Justicia*. Barcelona: Alfa, pp. 43-57, 1985.

_____. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

_____. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. *Derecho y Razón Práctica*. México: Fontamara, 1998.

_____. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, ano 22, nº 66, pp. 13-64, Set./Dez. 2002.

_____. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Los Derechos Fundamentales en el estado constitucional democrático. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Trad. Alfonso García Figueiroa. Madrid: Trotta, p. 31-47, 2003.

ALFREDSSON, Gudmundur e EIDE, Asbjorn (Eds.) *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement*. Haia: Martinus Nijhoff, 1999.

ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal Recopiladas por Mandado Del-Rey D. Philippe I* – Introdução e Comentários. 1º, 2º, 3º e 4º Tomos. Brasília: Senado Federal, 2004.

ALMEIDA-DINIZ, Arthur J. *Novos Paradigmas em Direito Internacional Público*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Processo Eletrônico e Teoria Geral do Processo Eletrônico: A Informatização Judicial no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

ALMEIDA, José Carlos Moitinho de. La Protección de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. In: IGLESIAS. Gil. C. R. e NOGUERAS. D. J. Lian (Coords.). *El Derecho Comunitário Europeu y su Aplicación Judicial*. Granada: Civitas e Consejo General del Poder Judicial – Universidad de Granada, 1993.

ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 1994.

_____. O sistema de proteção das nações unidas aos direitos humanos e as dificuldades brasileiras. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (Editor). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996.

_____. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FDT, 1997.

_____. A declaração dos direitos humanos na pós-modernidade. In: *Revista da AMB*. Ano 2, nº 5, p. 6-23, set. 1998.

_____. *Direitos Humanos, cidadania e globalização*. São Paulo: Lua Nova, nº 50, pp. 185-206, 2000.

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Como podem ser indemnizados os injustiçados por causa da lentidão dos Tribunais à luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Legislação Nacional*. Porto: Legis Editora, 2006.

ALVES, José Carlos Moreira. A Evolução do Controle da Constitucionalidade no Brasil. In: *Boletim de Documentação e Direito Comparado - I Conferência de Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha. Os Órgãos de Fiscalização da Constitucionalidade: Funções, Competências, Organização e Papel no Sistema Constitucional Perante os Demais Poderes do Estado*. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, nº 71-72, pp. 137-154, 1997.

_____. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Direito subjetivo, pretensão e ação. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 47, pp. 109-123, p. 122, jul-set. 1987.

ALVIM, Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – Sua evolução ao lado do direito material. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

ALVIM, José Eduardo Carreira. . *Elementos de Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

_____. Medidas Cautelares Satisfativas. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 132, pp. 23 – 35, 1995.

_____. Medidas Cautelares Satisfativas. In: *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito Milton Campos, Vol. 1, n.2, pp. 113-114, 1995.

_____. A Antecipação da Tutela na Reforma Processual. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 135, pp. 10-31, 1995.

_____. *Tutela Antecipada na Reforma Processual*. Curitiba: Juruá, 1999.

_____. A proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais perante o tribunal europeu de direitos humanos. In: *Revista Trimestral do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas da UNIVALI*, Itajaí: UNIVALI, ano 5, n. 9, set./1999.

_____. Anotações sobre as Perplexidades e os Caminhos do Processo Civil Contemporâneo - Sua Evolução ao Lado do Direito Material. In: *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, ano IX, nº 56, Porto Alegre: Síntese, pp. 37-56, nov./dez., 2008.

AMARAL, Diogo Freitas do, e PIÇARRA, Nuno. O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito da União Europeia: Uma ‘Evolução na Continuidade’. In: *Revista Mestrado em Direito – Direitos Humanos Fundamentais*. Osasco: Centro Universitário FIEO, ano 9, nº 1. pp. 187-222, Jan./Jun. 2009.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade. Comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

AMARAL, Leopoldino Marques de. A justiça do terceiro milênio. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 16, nº 62, p. 228-242, Abr./Jun. 1991.

AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros (Org.) *Justiça: promessa e realidade – acesso à justiça em países ibero-americanos*. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1996.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2004.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1978.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: Do direito aos direitos humanos*. São Paulo Acadêmica, 1993.

ANDRÉ, Adélio Pereira. *Defesa dos Direitos e Acesso aos Tribunais*. Lisboa: Livros Horizonte, 1980.

ANNONI, Danielle (Org.) *A responsabilidade do Estado pela Demora na prestação jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Direitos humanos & Acesso à Justiça no Direito Internacional – Responsabilidade Internacional do Estado*. Curitiba: Juruá, 2008.

ANTUNES, Miguel Lobo. Fiscalização Abstracta da Constitucionalidade. Questões Processuais. In: *Estudos sobre a Jurisprudência do Tribunal Constitucional*. Lisboa: Aequitas – Editorial Notícias, 1993.

AOLÁIN, Fionnuala Ní. The Individual Right of Access to Justice in Times of Crisis: Emergencies, Armed Conflict, and Terrorism. In: FRANCIONI, Francesco (Ed.). *Access to Justice as a Human Right*. Oxford: Oxford University Press, 2007, Collected Courses of the Academy of European Law, XVI/4, pp. 57-93, 2007.

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder Judiciário: Do Moderno ao Contemporâneo*. Porto Alegre: 1998.

ARAGÃO, E. D. Moniz de. O processo civil no limiar de um novo século. In: *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros – Cidadania e Justiça*. Rio de Janeiro: Publicação da Diretoria de Comunicação Social da AMB, ano 4, nº 8, pp. 50-66, 1º Semestre/2000.

ARAGÃO, Selma Regina. *Do mundo antigo no Brasil de todos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ARAGON, Manuel. Sobre las Nociones de Supremacía y Supralegalidade Constitucional. In: *Revista de Estudios Políticos - Nueva época*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 50, marzo-abril, 1986.

ARAÚJO, Antônio de. *O Tribunal Constitucional (1989-1996) – Um estudo do comportamento judicial*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

ARAÚJO, Fernando. Actualidades dos Estudos Romanísticos. In: *Estudos de Direito Romano*. Lisboa: AAFDL, v. 1, pp. 13-80, 1991.

_____. Lógica Jurídica e Informática Jurídica. Da Axiomatização Deontica às Estruturas Não-Monotônicas do Raciocínio Rebatível. In: *Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. I, pp. 7-70, 1999.

ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARAÚJO, Vandyck Nóbrega de. O Direito Processual a Vivência Humana. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 26, pp. 35 – 45, 1984.

ARMELIN, Donaldo. Acesso à justiça. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo: Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, v. 31, 1982.

ARNOLD, Rainer. L'Exposition des Constitutions Européennes aux Influences Externes. In: MIRANDA, Jorge (Org.) *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. II, pp.673-694, 1997.

AROCA, Juan Montero. Responsabilidad del Estado y tutela del ciudadano por los daños producidos con ocasión del ejercicio de la jurisdicción. In: *Justicia*, v. 87, n. 4, p. 779-837. Barcelona, 1988.

_____. O Processo Civil no Século XXI – Tutela e Garantia. In: *Revista do CEJ – Número Especial – Primeira Jornada Internacional sobre Processo Civil e Garantia – Moção de Valência*. Coimbra: Almedina, nº 4, pp. 237-247, 1º Semestre 2006.

ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

ASCENSÃO, J. O. A Liberdade de referência em linha e os seus limites. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 358, 2001.

ASENSIO, Pedro Alberto de Miguel. Regulación de la Firma Electrónica: Balance e Perspectiva. In: *Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. V, pp. 115-143, 2004.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O Direito Público em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

AZEVEDO, Plauto Faraco. *Justiça Distributiva e Aplicação do Direito*. Porto Alegre: Fabris, 1983.

_____. *Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

B

BABALET, J.M. *A cidadania*. Lisboa: Editorial Essampa, 1989.

BACHOF, Oto. *Jueces y Constitución*. Trad. Rodrigo Bercovitz Rodriguez Cano. Madrid: Civitas, 1959;

_____. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Atlântida, 1977.

BALLARINO, Tito. Internet Nel Mondo Della Lege. In: *Appendice le Norme Uncitral sul Commercio e Sulla Firma Elettronica, La Legge Tedesca su Internet, La Storia di Intenet, Glossario di Internet*. Verona: CEDAM, 1998.

BANNOND, Isabel. Do Ius Civile. In: *Estudos de Direito Romano*. Lisboa: AAFDL, v. 1, pp. 275-364, 1991.

BAPTISTA, Ovídio Araújo da Silva. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. Democracia e poder judiciário. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte: Imprensa da UFMG, v. 32, pp. 53-54, 1989.

_____. Proceso Constitucional en Brasil. In: BELAUNDE, D. Garcia, e SEGADO, Fernandes (Coord.) *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamerica*. Madrid: Dykinson S. L, pp. 441-442, 1997.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

_____. Teoria Geral do Processo Constitucional. In: *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte: Editora PUCMINAS, v. 2, n. 3 e 4, pp. 89-154, 1º e 2º Sem.1999.

_____. Teoria geral dos conceitos legais indeterminados. In: *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros – Cidadania e Justiça*. Rio de Janeiro: Publicação da Diretoria de Comunicação Social da AMB, ano 4, nº 8, pp. 121-133, 1º Semestre/2000.

_____. Teoria Geral do Processo Constitucional. In: *Estudos em Homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel*. São Paulo: Saraiva, pp. 339-414, 2001.

_____. Teoria Geral do Direito Constitucional Comum Europeu. In: *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros – Cidadania e Justiça: Os Reflexos da Globalização nos Institutos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Diretoria de Comunicação Social da AMB, ano 5, nº 11, pp.19-45, 2º semestre de 2001.

_____. As novas perspectivas da soberania. Reflexos no direito interno, no direito internacional e no direito comunitário. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Estudos em Homenagem a Nelson Saldanha: Direito e Poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Barueri: Manole, pp. 335-389, 2005.

BARBAS-HOMEM, A. Pedro. Ius e Lex. In: *Estudos de Direito Romano*. Lisboa: AAFDL, v. 1, pp. 217-274, 1991.

BARBI, Celso Agrícola. Mandado de Injunção. In: *Revista de Processo*, nº 61, pp. 63-69, janeiro – março 1991.

_____. *Do Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993.

BARBOSA, Rui. *A Constituição e os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Atlântida Editora, 1893.

_____. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. Coligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva Editores, 1933.

BARRETO, Irineu Cabral. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Aequitas, 1995.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Fábio Túlio, e CORREIA, Cecília Vilar Cabral. Aplicação da Arbitragem nos Conflitos Trabalhistas. In: GOMES NETO. José Mário Wanderley (Coord.). *Dimensões do Acesso à Justiça*. Salvador: Juspodivm, Coleção Temas de Processo Civil, pp. 51-73, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito Constitucional e a efetividade das suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. e BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LOPES, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais – considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: RÚBIO, David S., FLORES, Joaquim H., e CARVALHO, Salo de (Orgs.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Influência da Reconstitucionalização de Portugal sobre a Experiência Constitucional Brasileira. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*. Edição Especial: 30 Anos da Constituição Portuguesa 1976-2006. Coimbra: Almedina, pp. 71-80, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Hermenêutica constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

_____. e VARGAS, Alexis Galiás de Souza. A Arguição de descumprimento de preceito fundamental e a Advocatória. In: *Revista Jurídica Virtual*, nº 8, publicada na internet, site www.planalto.gov.br, janeiro 2000.

BATISTA, Vanessa Oliveira. *União Europeia: Livre circulação de pessoas e direito de asilo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

BAZÁN, Víctor (Coord.). *Inconstitucionalidad por Omisión*. Bogotá: Editorial Temis, 1997.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BEDDARD, Ralph. *Human Rights and Europe*. Cambridge: Grotius, 1993.

BEGORARO, Olinto A. Ética e seus paradigmas. In: HÜHEN, Leda Miranda (Org.). *Ética*. Rio de Janeiro: Uapê/Espaço Cultural Barra, pp. 53-66, 1997.

BENETI, Sidney Agostinho. Demora judiciária e acesso à justiça. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 715, ano 84, p. 377-201, Mai./1995.

BENJAMIN, Roberto. *Direitos Humanos: ensaios jurídico-sociais*. Recife: Sociedade Pró-Cultura, 1998.

BERGALLI, Roberto. *Estado democrático e cuestión judicial*. Buenos Aires: Desalma, 1984.

BERGER, Vincent. *Jurisprudence de la Court Européenne de Droits de L'Homme*. Paris: Sirey, 1998.

BERIZONCE, Roberto. O Efectivo acceso a la justicia. In: MORELLO, Augusto M., BERIZONCE, Roberto, O., HITTERS, Juan C., e NOGUEIRA, Carlos A. *La justicia entre dos épocas*. La Plata: Libreria Editora Platense, 1983.

BERNARDES, Juliano Taveira. Ação de descumprimento de preceito fundamental. In: *Revista Jurídica Virtual da Presidência da República*. Brasília: A Presidência, nº 8, www.presidencia.gov.br/revistajuridica, junho de 2000.

BERNI, Duílio Landell de Moura. O Duplo Grau de Jurisdição como Garantia Constitucional. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *As Garantias do Cidadão no Processo Civil: Relações entre Constituição e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 191-226, 2003.

BERRAONDO Lopez, Mikel. *Los derechos humanos en la globalización: mecanismos de garantía y protección*. Alberdanía: San Sebastián, 2004.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à Justiça: Um problema ético-social no plano da realização do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BICUDO, Hélio. *Direitos humanos e sua proteção*. São Paulo: FTD, 1997.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

_____. Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos In: *Memoria del Seminario “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*. San José da Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003.

BIDART, Adolfo Gelsi. Processo y epoca de cambio. In: *Revista de Estudios Procesales*. Buenos Aires: CEJ, nº 19, pp. 01-45, mar. 1974.

BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos Direitos Humanos: Fundamentos de um ethos de liberdade universal*. Trad. Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2000.

BIELSA, Rafael. *Transformación del Derecho en Justicia. Ideas para una reforma pendiente*. Buenos Aires: La Ley, 1993.

BIGOS, Oren. Jurisdiction over cross-border wrongs in the internet. In: *International & Comparative Law Quarterly*. Oxford: Oxford University Press, vol. 54, part 3, pp. 585-619, July 2005.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira – Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

BITTENCOURT, C. A Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1968.

BLUME, Peter. Acces to Electronic Legal Information. In: *Law and Computers – Selected Papers from the 4th International Congress of the Italian Corte Suprema de Cassazione*. Milano: Dott. A. Giufrè, Vol. I – Legal Informatics, pp. 29-40, 1998.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Dicionário de Política*. Brasília: Ed. UNB, 1999.

_____. *Estado, Governo e Sociedade: Para uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2003.

BOCKENFÖRDE, Ernest W. Aseguramento de la Libertade frente al Poder Social: Esbozo de un Problema. In: *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Trad. Ignácio Villaverde Manédes. Baden-Baden: Nomos, 1993.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

BONAVIDES, Paulo. Constitucionalismo Luso-Brasileiro: Influxos Recíprocos. In: MIRANDA, Jorge (Org.) *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, vol. I, pp.19-53, 1996.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de estado institucional*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORGES, José Souto Maior. Pró-dogmatismo: Por uma Hierarquização dos Princípios Constitucionais. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 1, 1993.

BOTELHO, Catarina Santos. *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais – Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*. Coimbra: Almedina, 2010.

BOUZART, Gabriel. El Control Constitucional. Un estudio Comparativo. In: *Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

BRANDÃO, Cláudio e ADEODATO, João Maurício (Orgs.). *Direito ao Extremo – Coletânea de Estudos*. Rio de Janeiro: Forense, pp. 19-30, 2005.

BRETONE, Mario. *História do Direito Romano*. Tradução de Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Estampa, 1990.

BREWER-CARIAS, Allan R. La Jurisdicción Constitucional en América Latina. In: BELAUNDE, D. Garcia, e SEGADO, F. Fernandez. *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamerica*. Madrid: Dykinson, 1997.

BRITO, Mario de. Acesso ao Direito e aos Tribunais. In: *O Direito*. Lisboa: EI, 1995.

BROSSE, Renaud de la. La Démocratisation D’Internet. Perceptions des Enjeux et des Risques Associés au ‘Fossé Numérique’ Mondial. In: *Collection Médias, Sociétés et Relations Internationales: La Société de L’Information entre Mythes et Réalités*. Bruxelles: Bruylant, pp. 265-276, 2005.

BRUYN, Donatienne de. Le Droit à un Recours Efectif. In : *Les Droits de L’Homme au Seuil du Troisième Millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*. Bruxelles : Bruylant, pp. 185-205, 2000.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

BRYCE, Rafael. Poder Judiciário, juízes e acesso à justiça no Uruguai. In: *Justiça: promessa e realidade*. Organização AMB. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 51-97, 1996.

BUERGENTHAL, Thomas. Recordando los inicios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. Costa Rica: IIDH, vol. 39, p. 11-31, 2004.

BURDESE, Alberto. Sul concetto di giustizia nell diritto romano. In: *Annali di Storia del Diritto*. Milano, v. 14-17, pp. 103-119, 1970-1973.

BURELLI, Alirio Abreu. Jurisprudência de la corte interamericana de Derechos Humanos. In: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Um Cuarto de Siglo: 1979- 2004*. San Jose: Corte Interamericana dos Direitos do Homem, p. 92, 2005.

BURGELIN, Jean-François et LOMBARD, Paul. *Le procès de la justice*. France: Plon, 2003.

BUZAID, Alfredo. *Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1956.

_____. Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1958.

C

CABRAL, Manuel Villaverde. Teoria Crítica & informationcritique (comentário também crítico à conferência de Scott Lash). In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, nº 54, pp. 31-37, Junho de 1999.

CADILHA, António. O Impacto da Carta dos Direitos Fundamentais da UE no Sistema de Tutela Jusfundamental no Espaço Europeu. In: *Estudos de Direito Público*. Coimbra: Almedina, vol. I, pp. 153-193, 2003.

CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia*. Trad. Hector Fix-Zamudio. Buenos Aires: EJE, 1960.

_____. Verità e Verosimiglianza nel Civile. In: *Rivista di Diritto Provenzale*. Padova: CEDAM, v. X, Parte I, 1955.

_____. *Eles, os Juízes vistos por um Advogado*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

_____. *Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, vol. 1, 1999.

CALLEWAERT, Johan. La Convention Européenne des Droits de L'Homme entre Effectivité et Prévisibilité. In: *Les Droits de L'Homme au Seuil du Troisième Millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*. Bruxelles: Bruylant, pp. 93-108, 2000.

CANARIS, Claus W. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

CANAS, Antonio Gordillo. *Ley, Principios Generales y Constitución: Apuntes para una relectura desde la Constitución de la Teoría de las Fuentes del Derecho*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Arecas S/A, 1970.

CAMAZANO, Joaquín Brague. Stratisburgum Locutus, Causa Finita. El Amparo Intereuropeo ante el Tribunal de Estrasburgo, Última Instancia de Tutela de los Derechos Fundamentales en Europa. In: *Revista de Direito Público*. Porto Alegre: Síntese – IOB, ano IV, nº 16, pp. 22-86, Abr.-Maio-Jun. de 2007.

CAMPOS, Eduardo Nunes. *O lugar do cidadão nos processos de integração: O déficit social da comunidade europeia e do mercosul*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CAMPOS, German J. Bidart. *La Interpretación y el Control Constitucionales en la Jurisdicción Constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1987.

CAMPOS, Paulo Cerqueira. A preclusividade de poderes do juiz como uma das formas de se conferir efetividade ao atual processo civil brasileiro. In: *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, n. 25, p. 255-289, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais. Procedimento, Processo e Organização. In: *BFDUC*. Coimbra: Coimbra Editora, 1970.

_____. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

_____. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992.

_____. Externalização ou Internalização da "Justiça" Constitucional. Introversão ou Extroversão da Legitimidade Processual Constitucional. In: *Comunicação ao 3º Encontro Nacional de Direito Constitucional*. São Paulo, 23/24 de setembro de 1994.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

_____. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In; GRAU, Eros Roberto, e GERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, pp. 108-115, 2001.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. Das Constituições dos Direitos à Crítica dos Direitos. In: *Revista de Direito Público*. Porto Alegre: Síntese – IOB, ano II, nº 7, pp. 80 – 89, Jan.Fev.Mar. De 2005.

_____. O ônus da Prova na Jurisdição das Liberdades – Para uma Teoria do Direito Constitucional à Prova. In: BRANDÃO, Cláudio e ADEODATO, João Maurício (Orgs.). *Direito ao Extremo – Coletânea de Estudos*. Rio de Janeiro: Forense, pp. 187-194, 2005.

_____. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. I, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. *Les Garanties Fondamentales des Parties dans le Procès Civil*. Milano: Guiffre, 1973.

_____. *Proceso, Ideologias, Sociedad*. Trad. Santiago Sentis Mellendo e Yomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974.

_____. *Accesso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologica*. Roma: Foro Italiano, 1979.

_____. e GARTH, Bryant. Access to Justice and the Welfare State: An Introduction. In: *Access to Justice and the Welfare State*. Firenze: Le Monnier, pp. 1- 26, 1981.

_____. Acesso alla giustizia: come programa di reforma e come metodo di pensiero. In: *Estratto da Studi en onore dei Tito Carnacini*. Milão: Giuffré, 1990.

_____. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1984.

_____. *Juízes Irresponsáveis*. Tradução de Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

_____. e GARTH, Bryant. Human rights and the proceduralist's role. In: SCOTT, I. R. (Ed.). *International perspectives on civil justice*. London: Sweet & Maxwell Limited, p. 1-10, 1990.

_____. O acesso dos consumidores à justiça. In: *Revista Forense*. Rio do Janeiro: Forense, v. 310, p. 53-63, Abr./Jun., 1990.

_____. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 61, ano 16, p. 144-160, Jan./Mar., 1991.

_____. Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil. Tradução Raúl Brañes. In: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, ano XI, n. 31-32, p. 1-40, Ene./Ago., 1978.

_____. Acesso alla giustizia como programa di riforma e come método di pensiero. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Bologna: CEDAM, 1992.

_____. *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*. Trad. Héctor Fix Fierro. México: Porrúa, 1993.

_____. *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee: studi di diritto giudiziario comparato*. Bologna: Il Mulino, 1994.

_____. Os métodos alternativos de solução dos conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 326, p. 121-130, Mar./Jun., 1994.

_____. e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

_____. *Lendo as ondas do movimento de acesso à justiça: epistemologia versus metodologia? Cidadania e violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

CÁRDIA, Nancy. Percepção dos direitos humanos: ausência de cidadania e exclusão moral. In: SPINK, Mary Jane Paris (Org.) *A cidadania em construção: uma reflexão transdisciplinar*. São Paulo: Cortez, p. 15-57, 1994.

CARLETTI, Almicare. *Brocardos Jurídicos*. São Paulo: LEUD, vol. 3, 1986.

CARLIN, Volnei Ivo. A responsabilidade civil do Estado resultante do exercício das funções jurisdicionais. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 557, mar./1971.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Aspectos da Antecipação de Tutela – CPC, art. 273. In: *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Rio Grande do Sul: AJURIS, nº 73, pp. 7-13, 1998.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública – Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *Institutiones del processo civil*. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1952.

CARRAZA, Roque Antônio. Do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 2, pp. 103-109, 1993.

_____. Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção. In: *Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 3, abril-junho de 1993.

CARRION, Valentim. . O acesso à justiça. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*. Uberlândia: Universidade Federal de Uberlândia, nº 1, v. 14, pp. 423-15, jan./dez. 1985.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1992.

_____, e CAPILLONGO, Celso Fernandes. *Direito Alternativo na Jurisprudência*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em Busca da Judicialização da Política no Brasil: Apontamentos para uma Nova Abordagem. In: *Revista de Sociologia e Política*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, nº. 23, pp. 115-126, Nov. 2004.

_____. Dimensão Política do Acesso à Justiça: aspectos da revisão judicial. In: GOMES NETO. José Mário Wanderley (Coord.). *Dimensões do Acesso à Justiça*. Salvador: Juspodivm, Coleção Temas de Processo Civil, pp. 41-50, 2008.

CARVALHO, Júlio Marino. *Os direitos humanos no tempo e no espaço*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

CAMPINOS, Jorge. *Direito Internacional dos Direitos do Homem*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

CARPENA, Márcio Louzada. Da Garantia da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e o Processo Contemporâneo. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *As Garantias do Cidadão no Processo Civil: Relações entre Constituição e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 11-30, 2003.

CARTÓRIO da CEDH. *The European Court of Human Rights: Historical Background, Organisation and Procedure*. Estrasburgo: Documento de 04 de janeiro de 1999.

CAUPERS, João. *Introdução ao Direito Comunitário*. Lisboa: AAFDL, 1988.

CAVALCANTI, Francisco Ivo Dantas. *Constituição Federal - Teoria e Prática*. vol I. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

_____. *Mandado de Injunção – Guia Teórico e Prático*. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

_____. *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

_____. *Direito Adquirido, Emenda Constitucional e Controle da Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

_____. O Controle da Constitucionalidade das Leis e Atos no Direito Estrangeiro: Breve Análise Comparada. In: DINIZ, José Janguê Bezerra (Coord.). *Direito Constitucional. Coleção Bureau Jurídico*, vol. II. Brasília: Consulex, 1998.

_____. *Constituição e Processo: O Direito Processual Constitucional*. Recife: Mimeo, 1999.

_____. Constituição e Constitucionalismo: a Ideologia Constitucional. In: *Ordem Econômica e Social – Estudos em Homenagem a Ary Brandão de Oliveira*. São Paulo: Editora LTr. 1999.

_____. As Denominadas Famílias de Direito. In: SALDANHA, Nelson Nogueira e REIS, Palhares Moreira (Coords.). *Estudos Jurídicos, Políticos e Sociais – Homenagem a Gláucio Veiga*. Curitiba: Juruá Editora, 2000.

_____. *Instituições de Direito Constitucional Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2001.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

_____. *O Valor da Constituição – Do Controle de Constitucionalidade como Garantia da Supralegalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: a CF e a Lei nº 9.882/99. In: *Estudos de Direito Constitucional - Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Editora LTr, 2001.

_____. Coisa Julgada Inconstitucional: Declaração Judicial de inexistência. In: *Revista Fórum Administrativo - Direito Público*. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 2, nº 15, p. 588-607, maio 2002.

_____. MEDEIROS, Marcelo de Almeida e LIMA, Marcos Costa (Orgs.). *Processos de Integração Regional: O político, o econômico e o jurídico nas relações internacionais*. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. A Recepção Legislativa e os Sistemas Constitucionais. In: *Texto de Revisão da 2ª Edição do Livro Direito Comparado*. Recife: Mimeo, 2003.

CHIARELLI, Giuseppe. *La Costituzione Italiana*. Roma: Instituto Gráfico Tiberino, 1951.

CHIOVENDA, Giuseppe. Dell'azione nascente dal contratto preliminare. In: *Rivista di Diritto Commerciale*. Padova: Piccin Nuova Libreria, vol. 1, 1930.

_____. *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Roma: Foro Italiano, v. 1, 1930.

_____. *Instituzione di Diritto Processuale Civil*. Nápoles: Jovene, vol. 1, 1933.

_____. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Paolo Capitanio. São Paulo: Saraiva, 1998.

CHIUSI, Tiziana. A dimensão abrangente do direito privado romano: Observações sistemático – teóricas sobre uma ordem jurídica que não conhecia ‘Direitos Fundamentais’. Tradução de Jorge Cesar Ferreira da Silva. In: MONTEIRO, António Pinto, NEUNER, Jörg e SARLET, Ingo (Orgs.). *Direitos fundamentais e direito privado: Uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, pp. 11-34, 2007.

CICHOCKI NETTO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 1994.

CINTRA, G. de Ulhoa. *História da organização judiciária e do processo civil: da antiguidade à época moderna*. V. 1. Rio de Janeiro/São Paulo: Ed. Jurídica e Universitária, 1970.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel, e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva – elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CLAPLAN, Andrew. *Human Rights in the Private Sphere*. Oxford: Claredon, 1993.

_____. Uso Alternativo do direito e saber jurídico alternativo. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo (Org.). *Lições de direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, p. 99-120, 1991.

CLÈVE, Clemerson Merlin. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: *Novos Rumos da Autonomia Municipal*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. In: *Constituição, Economia e Desenvolvimento - Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba: Publicação Oficial da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST, v. IV, 2002.

COELHO, Edihermes Marques. *Direitos Humanos, globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

_____. Métodos e princípios da interpretação constitucional: o que são, para que servem, como se aplicam. In: *Revista de Direito Público*, Porto Alegre: Síntese - Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 5, 2004.

COELHO, Luiz Fernando. *Uma teoria crítica do direito*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

_____. Do Direito Alternativo. In: *Revista de Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, nº 1, pp. 9-18, 1992.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O Controle da Constitucionalidade das Leis e o Poder de Tributar na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

COHEN-JONATHAN, G. *Aspects européens des droits fondamentaux*. Paris: Montchrestien, 2002.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1989.

COMPERNOLLE, Jacques Van. L'Incidence de la Convention Européenne des Droits de L'Homme sur L'Administration de la Justice le Droit à un Procès Équitable. In: *Journée D'Études: La Mise en Oeuvre Interne de La Convention Européenne des Droits de L'Homme*. Bruxelles: Éditions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1994.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il Princípio di Economia Processuale*. V. 1, Padova: CEDAM, 1980.

_____. Il princípio di Economia Processuale Nell'Esperienza di Ordinamenti Stranieri. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1982.

_____. I modelli di garanzia costituzionale del processo. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, vol. 45, nº 3, pp. 673-742, Set./1991.

_____. Valori, Etiche e Ideologie del "Giusto Process" (Modeli a Confronto). In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1998.

COOL, Yorick. Signature Électronique et Signature Manuscrite: Soeurs Ennemies ou Soeurs Jumelles. In: *Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit: Droit des Thecnologies de L'Information – Regards Prospectifs*. Bruxelles: Bruylant, nº 16, pp. 66-87, 1999.

CORRÊA, Oscar Dias. Breves Observações sobre a Influência da Constituição Portuguesa na Constituição Brasileira de 1988. In: MIRANDA, Jorge (Org.) *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. I, pp.71-88, 1997.

CORREIA, Fernando Alves. Relatório Geral da I Conferência de Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha. Os Órgãos de Fiscalização da Constitucionalidade: Funções, Competências, Organização e Papel no Sistema Constitucional Perante os Demais Poderes do Estado. In: *Boletim de Documentação e Direito Comparado*. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, nº 71-72, pp. 38-121, 1997.

CORREIA, Miguel Pupo. Assinatura Electrónica e Certificação Digital. In: *Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. VI, pp. 277-317, 2006.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

COSTA, Álvaro Augusto Ribeiro. Dificuldades internas para a aplicação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos. In: TRINDADE, Antônio Cançado (Ed.). *A Incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, pp. 175-190, 1996.

COSTA, Francisco Bruto da. Tribunais e Tecnologia. In: *V Congresso de Juízes Portugueses – O Poder Judicial na Viragem do Século: Realidade ou Ficção*. Viseu: Associação Sindical dos Juízes Portugueses, 1997.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. *A Jurisdição Constitucional em Portugal*. Coimbra: Almedina, 1987.

COUTURE, Eduardo. La Garanzia Costituzionale del “dovuto processo legale”. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1954.

CORTEZ, Antonio Celso Aguillar. Acesso à justiça. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 692, ano 82, p. 198-2001, jun., 1993.

CORWIN, Edward S. *A Constituição Norte-americana e seu Significado Atual*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1986.

CRETELLA JUNIOR, J. *Comentários à Constituição de 1988*. São Paulo: Forense Universitária, 1989.

CRETELLA NETTO, José. *Fundamentos Principiológicos do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CROCQ, Pierre. Le Droit a un Tribunal Impartial. In: *Libertés et Droits Fondamentaux*. Paris: Dalloz, pp. 339-453, 2005.

CUNHA, Maria Filomena. O Erro Judiciário. In: *Revista do CEJ – Dossiê temático – Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*. Coimbra: Almedina, nº 11, pp. 317-355, 1º Semestre 2009.

CUNHA, Paulo. *Lições de Processo Civil e Comercial*. Lisboa: Tipografia da Cadeia Penitenciária de Lisboa, 1936.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Em demanda dos fundamentos de uma comunidade constitucional lusófona. In: MIRANDA, Jorge (Org.) *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. II, pp.12-32, 1997.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

_____. *Miragens do Direito: O Direito, as instituições e o Politicamente correto*. Campinas: Milenium, 2003.

CUNHA, Paulo de Pitta e. *A Constituição Europeia: Um olhar crítico sobre o projecto*. Coimbra: Almedina, 2004.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. *O Efeito Vinculante e os Poderes do Juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999.

D

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1997.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. *O Direito como Garantia: Pressupostos de uma Teoria Constitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

DANTAS, Marcelo N. R. *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1995.

_____. *Da Reclamação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

DAVID, René. Prefácio. In: CAPPELLETTI, Mauro (Org.). *Accès a la justice et Etat-providence*. Paris: Economica, 1984.

_____. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. Trad. Hermínio a. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DECAUX, Emmanuel. L'Applicabilité des Normes Relatives aux Droits de L'Homme aux Personnes Morales de Droit Prive. In: *Revue Internationale de Droit Compare (Revue Trimestrielle publiée avec le concurs du CNRS et sous les auspices du Centre Français de Droit Compare)*. Paris: France-Quercy – Société de Législation Comparée, année 54, n° 2, pp. 549-578, Avril-Juin 2002.

DELFIN, Ricardo Alessi. *Ação Declaratória de Constitucionalidade e os Princípios Constitucionais do Processo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

DELGADO, José Augusto. Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional. In: *Revista da Amagis*, Belo Horizonte: AMAGIS, v. 2, pp. 169-179, 1983.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

_____. Ação Declaratória e Medida Cautelar. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 27, pp. 25 – 29, p.29, 1984.

_____. Princípios Processuais Constitucionais. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 42, pp. 21 – 30, 1987.

_____. A Tutela do Processo na Constituição de 1988 – Princípios Essenciais. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 65, pp. 9 – 31, 1989.

_____. A Sentença Judicial e a Constituição Federal de 1988. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 91, pp. 9 – 16, 1991.

_____. A Supremacia dos Princípios nas Garantias Processuais do Cidadão. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 129, pp. 63 – 84, 1994.

_____. Eficácia da Medida Cautelar. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 139, pp. 9 – 18, 1995.

DEL VECCHIO, Giorgio. Igualdade e desigualdade perante a justiça. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo: FDUSP, v. LXI, Fasc. I, p. 26-43, 1996.

DENTI, Vittorio. *Um progetto per la Giustizia Civile*. Bolonha: Mulino, 1982.

_____. *La giustizia civile*. Bolonha: Mulino, 1989.

DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

DIAS, Francisco Barros. Inconstitucionalidade das Normas Impeditivas de Liminares. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 90, pp. 57 – 70, 1991.

_____. Coisa Julgada Inconstitucional. Recife: *Dissertação Final apresentada aos Cursos de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) - Faculdade de Direito do Recife*, 1999.

DIEZ, L. A. Diego *El Derecho de Acceso a los Recursos*. Madri: Colex, 1998.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Técnica e Efetividade do Processo. In: *Revista Synthesis – Direito do Trabalho Material e Processual*, nº 4, 1987.

_____. Escopos políticos do processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, WATANABE, Kazuo (coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. Ordem Legal X Mudança social: a crise do Judiciário e a formação do magistrado. In: FARIA, José Eduardo (Org.) *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.

_____. *Execução Civil*. Rio de Janeiro: Malheiros, 1993.

_____. *A instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. Tutela Jurisdicional. In: *Revista de Processo*, nº 81, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A prestação jurisdicional e a efetividade dos direitos declarados. In: *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro: EMERJ, v. 1, n. 1, 1998.

DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Editora Luna, 1979.

_____. O Direito Internacional e sua Aplicação pelo Direito Brasileiro: Atualidades e Perspectivas. In: *Revista de Direito Internacional e Econômico*. São Paulo: IOB Síntese, nº 5, pp.42-52, Out-Nov-Dez/2003.

DONADEL, Adriane. A Garantia Constitucional da Coisa Julgada: Compreensão e Alcance. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *As Garantias do Cidadão no Processo Civil: Relações entre Constituição e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 227-260, 2003.

DOMINGO, Nicolás González Deleito. *Tribunales Constitucionales - Organización y funcionamiento*. Madrid: Editorial Tecnos, 1980.

DOMINGUEZ, Francisco Caamaño (Supervisor). El Tribunal Constitucional de España (Organización y Competencias). I Conferência de Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha. Os Órgãos de Fiscalização da Constitucionalidade: Funções, Competências, Organização e Papel no Sistema Constitucional Perante os

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

Demais Poderes do Estado. In: *Boletim de Documentação e Direito Comparado*. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, nº 71-72, pp. 505-537, 1997.

DORIA, A. de Sampaio. *Princípios Constitucionais*. São Paulo: São Paulo Editora, 1926.

DUARTE, José Florentino. *O Direito como Fato Social*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1982.

DUARTE, Maria Luísa. O Tratado de Lisboa e o Sistema Europeu de Protecção dos Direitos Fundamentais. In: PIÇARRA, Nuno (Coord.). *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa*. Aspectos Centrais. Coimbra: Almedina, pp. 81-98, 2011.

DUARTE, Ronie Preuss. *Garantia do Acesso à Justiça – Contributo para um Fundamento Constitucional do Processo Civil*. Lisboa: Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito. Dissertação de Mestrado em Ciências jurídicas, 2001/2002.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Trad. M. Gustavino, Barcelona: Ariel, 1985.

_____. *El Imperio de la Justicia*. Trad. C. Ferrari, Barcelona: Gedisa, 1988.

_____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

E

EICHENBERGER, Kurt. El Estado de derecho como sistema garante de los derechos humanos. In: THESING, Josef (Ed.) *Estado de derecho u democracia*. Buenos Aires: Konrad-Adenauer Stiftung, pp. 159-198, 1999.

EISENMANN, Charles. *La Justice Constitutionnelle et la Haute Court Constitutionnelle d'Autriche*. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1928.

ELMI, Giancarlo Taddei. Informatics and Philosophy of Law. In: *Law and Computers – Selected Papers from the 4th International Congress of the Italian Corte Suprema de Cassazione*. Milano: Dott. A. Giufrè, Vol. I – Legal Informatics, pp. 701-763, 1998.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. J. Batista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

ENTERRÍA, Eduardo García de. El concepto básico de derecho subjetivo y su aplicación en la figura de los derechos del hombre y del ciudadano. In: *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Alianza, pp. 47-96, 1995.

ERGEC. Rusen. Le Statut Interne de la Convention Européenne des Droits de L'Homme et sa mise en Oeuvre dans les Pays D'Europe Occidentale, Centrale et de L'Est. In: *La Mise en Oeuvre Interne de la Convention Européenne des Droits de L'Homme*. Bruxelles: Éditions du Jeune Barreau, pp. 1-87, 1994.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ESSER, Josef. *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*. Traducción del alemán por Eduardo Valenti Fiol. Barcelona: Boch, Casa Editorial, 1961.

EUROPE, Concil of. Within a reasonable time. In: *Digest of Strasbourg case-law relating to the Europe Convention on Human Rights*. Berlim: Carl Heymanns Verlag KG, v. 2, pp. 502-658, 1984.

F

FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Justiça: promessa e realidade*. Organização AMB. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.

FARIA, Miguel José. *Direitos Fundamentais e Direitos Humanos*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Políticas e Segurança Interna, vol. 1, 2001.

FARIA, José Eduardo. Ordem Legal x Mudança social: a crise do Judiciário e a formação do magistrado. In: FARIA, José Eduardo (Org.) *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.

_____. *Justiça e conflito – os juízes em face dos novos movimentos sociais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. e KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos Direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. (Org.) *Direitos humanos, sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

FARIA, Paula Lobato de, e BRANCO, Pedro Afonso. *A Eficácia da Justiça em Portugal na Defesa do Consumidor: Análise do Quadro Jurídico Português na Perspectiva do Consumidor*. Lisboa: Serviços Gráficos da Secretaria-Geral do Ministério do Planeamento e da Administração do Território, Dezembro 1989.

FASHING, Hans W. O Desenvolvimento do Código de Processo Civil Austríaco nos Últimos 75 anos. Trad. Luiz Kubinszky e Arruda Alvim. In: *Revista do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 5, pp. 115-127, 1977.

FAVELA, José Ovalle. Tendencias actuales en el derecho procesal civil. In: FERNÁNDEZ, José Luis Soberanes (Coord.). *Tendencias actuales del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

FAVOREU, Louis. Europe Occidentale. In: FAVOREU, Luis e JOLOWICZ, John-Anthony. *Le Controle Juridictionnel des Lois. Légitimité, effectivité et développements récents*. Paris: Economica, 1986.

_____. e PHILIP, Loïc. *Le Conseil Constitutionnel*. Paris: PUF, 1991.

_____. *Les Cours Constitutionnelles*. Paris: PUF, 1992.

_____. *Los Tribunales Constitucionales*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

_____. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.

FERNANDES, Candice Gentil. A Proteção Internacional do Direito do Consumidor: a questão do Brasil no Mercosul. In: MARTINS, Ana Maria Guerra (Coord.). *Estudos de Direito Europeu e Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, pp. 462-505, 2005.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Soberania & Processo de Integração: O novo conceito de soberania em face da globalização (Uma abordagem especial quanto às realidades de integração regional)*. Curitiba: Juruá, 2002.

FERNÁNDEZ, Rafael García-Valdecasas y. La protección jurisdiccional de los derechos de los particulares en Unión Europea. In: *Organos judiciales e procesos de integración*. Asunción: Centro Cultural de España ‘Juan de Salazar’, pp. 141-181, 1997.

FERRAJOLLI, Luigi. *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*. Trad. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madri: Trotta. 2001.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. *Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 1994.

_____. Constituição Brasileira: Modelo de Estado, Estado Democrático de Direito, Objetivos e Limites Jurídicos. In: MIRANDA, Jorge (Org.) *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. II, pp.39-57, 1997.

_____. Poder e Justiça. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Estudos em Homenagem a Nelson Saldanha: Direito e Poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Barueri: Manole, pp. 168-182, 2005.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. São Paulo: RT, 1990.

FERREIRA, Fernando Guimarães. Consolidação da personalidade judiciária dos Poderes Judiciário e Legislativo. In: *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros – Cidadania e Justiça*. Rio de Janeiro: Publicação da Diretoria de Comunicação Social da AMB, ano 4, nº 8, pp. 6-15, 1º Semestre/2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, vol. I, 1990.

_____. Sobre a Constituição de 1988. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa: AAFDL, vol. XXXI, pp.67-92, 1990.

_____. Constitucionalismo Português e Constitucionalismo Brasileiro. In: MIRANDA, Jorge (Org.) *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, vol. I, pp.55-69, 1996.

_____. O Sistema Constitucional Brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade – Leis nº 9.868, de 10 de novembro e nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 220. São Paulo: Renovar, abr./jun. 2000.

_____. A Constituição de 1988 – Um Balanço após Dezesesseis Anos de Vigência. In: *Revista de Direito Público do Instituto Brasileiro de Direito Público*. São Paulo: IOB Síntese, n 8, pp.40-53, Abr.-Maio-Jun./2005.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

FERREIRA, L. Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

_____. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. São Paulo: Editora RT, 1971.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. O acesso ao poder judiciário. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora RT, v. 686, ano 81, p. 19-34, Dez., 1992.

_____. Acesso à justiça e tutelas de urgência: o pleno acesso à ordem jurídica justa e a efetividade do processo. In: *Revista Jurisprudência Catarinense*. Florianópolis: Tribunal de Justiça de Santa Catarina, nº 73, 1993.

FIGUEIREDO, Ivanilda. Políticas Públicas e a Realização dos Direitos Sociais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

FIGUEIREDO, Marcelo. A Ação Declaratória de Constitucionalidade - Inovação Infeliz e Inconstitucional. In: TUBENCHLAK, James e BUSTAMANTE, Ricardo Silva de. *Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, vol. 8, 1994.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales. Madrid: Civitas, 1982.

_____. *La protección jurídica procesal de los derechos*. Madrid: Civitas, 1982.

_____. La jurisdicción como función esencial de estado moderno. Las garantías judiciales. In: *Latinoamerica: constitución, proceso y derechos humanos*. México: Miguel Angel Porrúa, pp. 203-219, 1988.

_____. Lenitud y onerosidad procesales. In: *Latinoamerica: constitución, proceso y derechos humanos*. México: Miguel Angel Porrúa, pp. 261-272, 1988.

_____. El debido proceso legal. In: *Latinoamerica: constitución, proceso y derechos humanos*. México: Miguel Angel Porrúa, pp. 493-542, 1988.

FONSECA, Guilherme da. *Breviário de Direito Processual Constitucional – Recurso de Constitucionalidade. Jurisprudência, Doutrina, Formulário*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

FROMONT, Michel. *La Justice Constitutionnelle dans le monde*. Paris: Daloz, 1999.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

FRANCIONI, Francesco (Ed.). The Rights of Access to Justice under Customary International Law. In: *Access to Justice as a Human Right*. Oxford: Oxford University Press, Collected Courses of the Academy of European Law, XVI/4, 1-55, 2007.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: Conceito e Princípios Gerais à Luz do Código Revisto*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

_____. A reforma do processo executivo. In: *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Almedina, ano 59, pp. 1097-1136, Dezembro de 1999.

_____. *A Acção Declaratória Comum – à Luz do Código Revisto*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

FRICERO, Natalie. Les Droits Fondamentaux Spécifiques au Procès Civil. In: *Libertés et Droits Fondamentaux*. Paris : Dalloz, pp. 575-587, 2005.

FRIEDMAN, Lawrence M. Claims, Disputes, Conflicts and the Modern Welfare State. In: *Access to Justice and the Welfare State*. Firenze: Le Monnier, pp. 251-271, 1981.

FROTA, Alves Hidemberg. Os Tratados de Proteção Internacional aos Direitos Humanos na Reforma do Poder Judiciário. In: *Revista de Direito Internacional e Econômico*. São Paulo: IOB Síntese, n 10, Jan-Fev-Mar/2003, pp.17-24.

FUKS, José Korzeniak. Sistemas de Control Constitucional en el Derecho Comparado. In: *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Montevideo: A Faculdade, año XXVIII, nº 1-2, Enero-Junio, 1987.

G

GALIZA, Andréa Karla Amaral de. *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: Teoria e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

GALUPPO, Marcelo Campos. A Epistemologia Jurídica entre o Positivismo e o Pós-Positivismo. In: BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações Constitucionais: Novos Direitos e Acesso à Justiça*. Florianópolis: Habitus Editora, 2001.

GARCIA, José Antonio Tomé. *Protección procesal de los derechos humanos ante los tribunales ordinarios*. Madrid: Montecorvo, 1987.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

GARCIA, Maria. A Integração dos Estados. O Brasil no Mercosul: implicações e abrangências na ordem interna e internacional. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, nº 35, pp. 16-23, abr.-jun./2001.

_____. Os efeitos do mandado de injunção e o princípio da separação dos poderes. In: *Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* do Instituto Brasileiro de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, nº 03, 1994.

GARCIA, Ricardo Alonso. *Derecho comunitário, Derechos nacionales y Derecho comum europeu*. Madrid: Civitas, 1989.

_____. Un Nuevo Modelo de Justicia Constitucional para el Nuevo tratado Constitucional Europeo. In: *Revista de Direito Público do Instituto Brasileiro de Direito Público*. São Paulo: IOB Síntese, n 8, pp.93-100, Abr-Maio-Jun/2005.

GAVRIILIDIS, Akis. Os Direitos Humanos Como Regra e Exceção. In: *Cadernos de Direito do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba*. Piracicaba: Gráfica UNIMEP, Volume 3, Número 5, p. 191-207, 2003.

GENEVOIS, Bruno. *La Jurisprudence du Conseil Constitutionnel. Principes Directeurs*. Paris: Editions STH, 1988.

GERAIGE NETO, Zaidem. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional – Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Coleção Estudos de Direito Processual Enrico Tullio Liebman, v. 56, 2003.

GILISSEN, J. *Introdução histórica ao direito*. Trad. Antônio Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GIORGETTI, Mariacarla. Le nuove norme sulle comunicazioni e notificazioni. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, anno LX (Seconda Serie) – nº 3, pp. 701-730, Luglio-Settembre 2005.

GIULIANI, A e PICARDI, N. *La responsabilità del giudice*. Milano: Giuffrè, 1987.

_____. *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1961.

GODET, Michel e RUYSSSEN, Olivier. *L'Europe en Mutation*. Bruxelles: Commission des Communautés Européenne. 1980.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

GOMES, Carla Amado. O Livro das Ilusões. A responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário, apesar da lei 67/2007, de 31 de dezembro. In: *Revista do CEJ – Dossiê temático – Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*. Coimbra: Almedina, nº 11, pp. 291-315, 1º Semestre 2009.

_____. e ANTUNES, Tiago. O Ambiente e o Tratado de Lisboa: uma relação sustentada. In: PIÇARRA, Nuno (Coord.). *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa*. Aspectos Centrais. Coimbra: Almedina, pp. 205-233, 2011.

GOMES, Conceição. *O Tempo dos Tribunais. Um estudo sobre a morosidade da Justiça*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

GOMES, Eduardo Biacchi. A Supranacionalidade e os Blocos Econômicos. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, nº. 53, pp.310-335, out./dez. 2005.

_____. e REIS, Tarcisio Hardman. *A Integração Regional no Direito Internacional: O futuro do Mercosul e da União Europeia*. São Paulo: Aduaneiras, 2006.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. *O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como movimento de transformação das estruturas do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 2005.

_____. e PORTO, Júlia Pinto Ferreira. Análise Sociojurídica do Acesso à Justiça: As implicações no pluralismo jurídico do acesso à ordem jurídica justa. In: GOMES NETO, José Mário Wanderley (Coord.). *Dimensões do Acesso à Justiça*. Salvador: Juspodivm, Coleção Temas de Processo Civil, pp. 133-182, 2008.

GOMES, Luiz Flávio e PIOVESAN, Flávia (Org.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Randolpho. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Edições Trabalhistas, 1989.

GONÇALVES, Vitor Fernandes. *O Controle de Constitucionalidade das Leis do Distrito Federal*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. A assistência judiciária pública no contexto dos direitos humanos. In: *Revista de Estudos Jurídicos*. São Luiz: CEUMA, p. 122-138, 1997.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O Valor Positivo do Acto Inconstitucional*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa - AAFDL, 1992.

_____. A Afirmação dos Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Contemporâneo. In: *Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, pp. 53-73, 2003.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, vol. I, 2005.

_____. *Manual de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CANAS, Antonio Gordillo. *Ley, Principios Generales y Constitución: Apuntes para una relectura desde la Constitución de la Teoría de las Fuentes del Derecho*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Arecas S/A, 1970.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *La Justicia Constitucional. Garantías, Proceso y Tribunal Constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1994.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2006.

GREMENTIERI, Valerio. La Garanzie Internazionale del Processo Civile. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Guiffrè, 1969.

GRINOVER. Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. *O Processo Constitucional em Marcha: Contraditório e Ampla Defesa em Cem Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo: Max Limonad, 1985.

_____. Acesso à justiça e garantias constitucionais no processo do consumidor. In: HOYOS, Arturo. La garantia constitucional del debido proceso legal. In: *Revista de Processo*, São Paulo, nº 47, pp. 43-91, jul./set., 1987.

_____. *O Processo em Evolução*. São Paulo: Forense, 1998.

GUERRA, Ana Maria. Os Fundamentos Axiológicos da União Europeia após o Tratado de Lisboa. Um estudo sobre o artigo 2º do TUE. In: PIÇARRA, Nuno (Coord.). *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa. Aspectos Centrais*. Coimbra: Almedina, pp. 47-79, 2011.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

GUERRA-BORGES, Alfredo. Integración latinoamericana: dos épocas, dos estilos. Una reflexion comparativa. In: *Revista Iberoamericana. América Latina – España – Portugal*. Madrid: Iberoamericana, vol. I, nº 2, pp. 61-79, junio de 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Judiciário e conflitos sociais (na perspectiva da pós-modernidade). In: *Revista de la Universidad de Medellin*. Tradução Aurelio Fuentes. Medellin: Universidad de Medellin, p. 307-310, Mar.May, 1995.

_____. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna – Introdução a uma teoria geral sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LOPES, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais – considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

H

HÄBERLE, Peter. *Efectividad de los derechos fundamentales en el Estado constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, Francia, España e Itália*. Madri: Civitas, 1991.

_____. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Trad. M. Jiménez. Madri: Taurus, 1987.

_____. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Sibeneicheler. Vol. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HASSEMER, Wilfried. Sistema jurídico y codificación: la vinculación del juez a la ley. In: KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Wilfried. *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Tradução de Maria José Farinas Dulce et al. Madrid: Editorial Debate, 1992.

HERAS, Jorge Xifra. La Constitución como Norma y como Ley. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 20, n.80, out./dez., 1983.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

HESPANHA, António Manoel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Lisboa: Publicação Europa-América, 1997.

HESPANHA, Benedito. *Tratado de Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, vol. II, 1986.

_____. Justiça Comunitária, Política e Constituição. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 9, nº 35, pp. 62-81, Abril-Junho 2001.

HESS, Heliana Coutinho. *Acesso à Justiça por Reformas Judiciais*. São Paulo: Millenium, 2004.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 1991.

HITTERS, Juan Carlos. Un nuevo encuadere de la justicia desde la perspectiva del litigante. In: MORELLO, Augusto M., BERIZONCE, Roberto, O., HITTERS, Juan C.; NOGUEIRA, Carlos A. *La justicia entre dos epocas*. La Plata: Libreria Editora Platense, 1983.

HOFFMAN, Paulo. *Razoável Duração do Processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

HOHFELD, W. N. *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1991.

HOYOS, Arturo. La garantía constitucional del debido processo legal. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, nº 47, pp. 43-91, jul./set., 1987.

HORTA, Raul Machado. *O Controle da Constitucionalidade das Leis no Regime Parlamentar*. Belo Horizonte, 1953.

HORTENSIA D. T. Gutiérrez Posse. *Los Derechos Humanos y las garantías*. Buenos Aires: Zavalia, 1988.

HUBIN, J., POULLET, Y et all. La securité informatique, entre technique et droit. In: *Cahiers du Centre de Recherche Informatique et Droit*. Bruxelles: Bruylant, nº 14, 1998.

HUET, J. e MAISL, H. *Droit de l'informatique et des télécommunications*. Paris: LITEC, 1989.

HUSEK, Carlos Roberto. *Elementos de Direito Internacional Público*. São Paulo: Malheiros, 1995.

I

IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

J

JACOBS, G. Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law. In: *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Portland (USA): Hart Publishing, 1999.

JAYME, Fernando G. *Tribunal Constitucional: exigências democráticas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. *Direitos Humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

JIMÉNEZ, Argelia Queralt. *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

JOHNSON JUNIOR, Earl. The Justice System of the Future: Four Scenarios for the Twenty-First Century. In: *Acess to Justice and the Welfare State*. Firenze: Le Monnier, pp. 183-211, 1981.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho: Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. In: *Estudos históricos – justiça e cidadania*. São Paulo: Ed. Fundação Getúlio Vargas, p. 390-394, 1996.

K

KARAN, Maria Lúcia. Papel social, jurídico e político da magistratura. In: *Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Ed. Instituto de Estudos Jurídicos, n. 2, p. 1-16, 1996.

KASER, Max. *Roman Private Law*. A translation by Rolf Dannenbring. London: Butterworths, 1968.

KATO, Shelma Lombardi de. A crise do direito e compromisso da libertação. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e Justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática, p. 167-184, 1997.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, W. e KAUFMANN, A. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

KAWABATA, J. Alejandro. Reparación de las violaciones de derechos humanos en el marco de la Convención Americana sobre derechos Humanos. In: CAMPOS, Germán G. Bidart, et. al. *La aplicacion de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, pp. 351-384, 1997.

KEEL, Robert G., e ROSATO, Anthony J. Law and Computers in Civil Proceedings – The Common Law Perspective. In: *Law and Computers – Selected Papers from the 4th International Congress of the Italian Corte Suprema de Cassazione*. Milano: Dott. A. Giuffrè, Vol. II – Judicial and Administrative Informatics Computer Law, pp. 837-879, 1998.

KEGEL, Patrícia Luiza. A Teoria Constitucional no Âmbito do Processo de Integração Europeu. In: *Revista de Direito Internacional e Econômico*. São Paulo: IOB Síntese, nº 1, pp.126-131, Out-Nov-Dez/2002.

KELSEN. Hans. *A Justiça e o direito natural*. Coimbra: Armênio Amado. Apêndice da 2º ed. (1960) da Teoria pura do Direito. Publicado separadamente com tradução de João Baptista Machado, 1979.

_____. *La Giustizia Costituzionale*. Milano: Giuffrè Editore, 1981.

_____. e CAMPAGNOLO, Umberto. *Direito Internacional e Estado Soberano*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KINOSHITA, Fernando. Mercosul e União Européia: Consolidação do Futuro. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, nº 35, pp. 7-15, abr.-jun./2001.

KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na constituição da república brasileira*. São Paulo: Hucitec/Dep. Ciência Política da USP, 1998.

L

LACERDA, Galeno. Processo e Cultura. In: *Tribuna da Magistratura*. São Paulo: Associação Paulista de Magistrados – APAMAGIS, p. 57-65, Abr., 1999.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

LAGRASTA NETTO, Gaetano. Acesso à justiça e ampliação da lei do Juizado Especial de Pequenas Causas. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 612, ano 75, p. 250-251, Out., 1986.

LAMBERT, E. *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*. Bruxelles: Bruylant, 1999.

LARA, José de Mesquita. Suspensão pelo Senado Federal da Eficácia de Lei ou Decreto Declarado Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. In: *Direito Público - Revista do Departamento Jurídico do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais, vol. II, abril de 1960.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.

LASH, Scott. Crítica da Informação. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, nº 54, pp. 13-29, Junho de 1999.

LEÃO, Anabela Costa. Em torno dos conceitos de regra e de princípio. A polémica entre Hart e Dworkin. In: AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Carlos Ferreira de; e ALMEIDA, Marta Tavares de (Coords.). *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*. Coimbra: Almedina, pp. 43-72, 2008.

LEFEBVRE, Axel, e MONTERO, Etienne. Informatique et Droit: Vers une Subversion de L'Orde Juridique. In: *Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit: Droit des Thecnologies de L'Information – Regards Prospectifs*. Bruxelles: Bruylant, pp. III-XIX, 1999.

LENZA, Pedro. A amplitude do acesso à ordem jurídica justa e a efetividade enquanto direitos humanos fundamentais constitucionalmente assegurados. In: TAVARES, Ramos Tavares; FERREIRA, A. V. Alves; e LENZA, Pedro (Coords.). *Constituição Federal – 15 anos: mutação e evolução*. São Paulo: Método, 2003.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Método, 2005.

LEROY, Michel. Propos sur L'Effectivité des Recours. In: *Les Droits de L'Homme au Seuil du Troisième Millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*. Bruxelles: Bruylant, pp. 509-516, 2000.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

LIAKAKI, Sandy. O Povo Invisível: As Dificuldades da Cidadania na Europa. In: *Cadernos de Direito (do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba)*. Piracicaba: Gráfica UNIMEP, Volume 3, Número 5, p. 260-275, 2003.

LIEBMAN, Enrico T. *Manuale di Diritto Processual Civil*. Milano: Giuffrè, 1968.

LIMA, Francisco Gerson Marques de. *Fundamentos Constitucionais e processo sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

LIMA JÚNIOR, Jayme Bevenuto. O Acesso à Justiça Internacional em Matéria de Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais. In: GOMES NETO. José Mário Wanderley (Coord.). *Dimensões do Acesso à Justiça*. Salvador: Juspodivm, Coleção Temas de Processo Civil, pp. 111-132, 2008.

LIMA, Joaquim Pires de. Considerações acerca do direito à justiça em prazo razoável. In: *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Almedina, ano 50, pp. 671-701, Dezembro de 1990.

LIMA, José Antônio Farah Lopes de. *Convenção Européia de Direitos Humanos*. Leme: Mizumo, 2007.

LIMA, J. B. de S. *As mais antigas normas de direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à Teoria da Coisa Julgada*. São Paulo: RT, 1997.

LITRENTO, Oliveiros. *A Ordem Internacional Contemporânea: Um estudo da soberania em mudança*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LLORENTE, Francisco Rubio. El Recurso de Amparo. In: LLORENTE, Francisco Rubio e CAMPO, Javier Jiménez. *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: Mc Graw Hill, 1998.

LLOYD, Dennis. *A idéia de lei*. Tradução Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

LOBO NETO, Paulo Luiz. O Controle da Constitucionalidade das Leis e o Direito Adquirido. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/175772>, v.27, nº 106, p. 37-54, abr./jun. de 1990.

LONGO, Luís Antônio. O Princípio do Juiz Natural e o seu Conteúdo Substancial. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *As Garantias do Cidadão no Processo Civil: Relações entre Constituição e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 31-52, 2003.

LOPES, J. J. Almeida. *Constituição da República Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2005.

LOPES, José Reinaldo de Lima: Direito, justiça e utopia. In: FARIA, José Eduardo (Org.) *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: UnB, p. 67-78, 1988.

_____. A função política do Judiciário. In: FARIA, José Eduardo (Org.) *Direito e justiça – A função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.

LOPES, J. de Seabra. A Informática Jurídica em Portugal. In: *O Direito*. Lisboa: Juridireito, ano 121, v. I, pp. 117- 128, 1989.

LÓPEZ, Armando Bravo. La problemática de la justicia. In: *Revista de la Universidad de San Carlos*. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala, n. 34, p. 7-24, Jul/Set., 1995.

LOUÇÃ, Francisco. Até que ponto uma teoria deve ser informativa para permanecer uma crítica da teoria. Comentário ao Texto “Crítica da Informação”, de Scott Lash. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, nº 54, pp. 39-43, Junho de 1999.

LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LUÑO, António Henrique Pérez. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Ed. Tecnos, 1995.

_____. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Ed. Tecnos, 1995.

M

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978.

MACEDO, Caio Sperandéo. O Futuro do Mercosul. In: *Revista de Direito Internacional e Econômico*. São Paulo: IOB Síntese, n 4, pp.104-117, Jul-Ago-Set/2003.

MACEDO, Francisco Antônio de. *Mandado de Injunção. Da Inconstitucionalidade por Omissão*. São Paulo: RT, 1993.

MACEDO, Ubiratan Borges de. Mudança de paradigma na teoria da justiça. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Estudos em Homenagem a Nelson Saldanha: Direito e Poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Barueri: Manole, pp. 183-187, 2005.

MACHADO, Agapito. Ação Cautelar Inominada – Autonomia da Cautelar – ‘Fumus Boni Juris’ e ‘Periculum in Mora’ – Ônus Sucumbenciais – Dependência da Ação Principal. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 92, pp.75–80, 1991.

_____. Do acesso à justiça. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 677, ano 81, p. 270-274, Mar., 1992.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de Injunção e Inconstitucionalidade por Omissão. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). *Mandados de Segurança e Injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MAIA, Antônio Cavalcanti e SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Os princípios da constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MAIA, Alexandre. A Determinação apriorística do conhecimento do Direito: Breves Reflexões. In: BRANDÃO, Cláudio e ADEODATO, João Maurício (Orgs.). *Direito ao Extremo – Coletânea de Estudos*. Rio de Janeiro: Forense, pp. 19-30, 2005.

MAIA, José Clemenceau Pedrosa. Ação Declaratória Incidental – Condição de Admissibilidade – Efeitos da Sentença. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 52, pp. 09 – 19, 1988.

MALLET, Estevão. Acesso à justiça no processo do trabalho. In: *Revista LTR*, ano 60, p. 1469-1473, Nov. 1996.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

MANCHEGO, José E. Palomino, et al. Palomino, et al. Syllabus de Derecho Procesal Constitucional. In: *Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional*. Lima: Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública: Instrumentos de participação na tutela do bem comum. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, e WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MANSO, Richard. Democratização do Poder Judiciária. In: *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros – Cidadania e Justiça*. Rio de Janeiro: Publicação da Diretoria de Comunicação Social da AMB, ano 4, nº 8, pp. 88-94, 1º Semestre/2000.

MARGUÉNAUD J. P. *La Cour européenne des droits de l’homme*. Paris: Dalloz, Coll. Connaissance du Droit, 2002.

MARÍN, José Agel. *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Editorial Ariel, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado por incontrovérsia da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. A Legitimidade da Atuação do Juiz a partir do Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Efetiva. In: CALDEIRA, Adriano e FREIRE, Rodrigo da Cunha (Orgs.). *A Terceira Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*. Salvador: Podivum, 2006.

_____. A legitimidade da atuação do juiz a partir do Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Efetiva. In: *Revista da Escola Nacional da Magistratura*. Brasília: Escola Nacional da Magistratura, ano I, nº 1, pp.68-81, Abril 2006.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Bookseller, vol.I, 1997.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

MARQUES, Maria Manuel Leitão. Justiça e Cidadania: para uma justiça mais democrática. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, nº 54, pp. 63-65, Junho de 1999.

MARTENS, Paul. Encore La Dignité Humaine : Réflexions d'un Juge sur la Promotion par Les Juges d'une Norme Suspecte. In: *Les Droits de L'Homme au Seuil du Troisième Millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*. Bruxelles: Bruylant, pp. 561-579, 2000.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Los Valores Superiores*. Madrid: Editorial Tecnos, Col. Claves de la Constitución Española, 1986.

_____. *El fundamento de los derechos humanos*. Madrid: Debate, 1989.

_____. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995.

MARTINEZ Soares. *Comentários à Constituição Portuguesa de 1976*. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1978.

MARTINO, A. A. e NATALI, Socci. *Automated analysis of legal texts: Logic informatic and law*. Amsterdam: North Holland, 1986.

MARTINS, Ana Maria Guerra. L'accès à la Justiça, L'Application de la Convention Européenne des Droits de L'Homme au Portugal. In: *Estudos de Direito Público*. Coimbra: Almedina, vol I, pp. 285-303, 2003.

_____. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade Como Critério de Controle de Constitucionalidade: Problemas de Sua Recepção pelo Direito e Jurisdição Constitucional Brasileiros. In: *Cadernos de Direito do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba*. Piracicaba: Gráfica UNIMEP, Volume 3, Número 5, p.15-45, 2003.

MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. Trad. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

e Paulo Menezes de Albuquerque. In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, n. 11. Recife: Ed. Universitária da UFPE, p. 125-56, 2000.

MAVILA, Olga Espinoza. Os Direitos Humanos na Construção da Democracia Pós-Regime Militar. In: *Cadernos de Direito (do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba)*. Piracicaba: Gráfica UNIMEP, Volume 3, Número 5, p. 289-306, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à justiça e o Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1998.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz. *O Poder de Celebrar Tratados*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

MEDEIROS, Luiz César. *O Formalismo Processual e a Instrumentalidade: Um estudo à luz dos princípios constitucionais do processo e dos poderes jurisdicionais*. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2006.

MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade. Os Autores, o Conteúdo e os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. In: *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 57/58, 1981.

_____. A Defesa da Cidadania nos Quadros Regional e Mundial. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, nº 4, pp. 1- 12. Belo Horizonte: Del Rey, jul./dez. 2004.

MELLO, Celso Duvidier de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Renovar, 2000.

MELO, Eneida. O papel do juiz na sociedade globalizada. In: *Jornal da ANAMATRA*. Recife: ANAMATRA, p. 30-39, Maio de 1999.

MELO, Vítor. Direito, temporalidade e Justiça laboral: Um realçar de algumas especialidades. In: *Revista do CEJ – Dossiê temático – Tempo e Justiça*. Coimbra: Almedina, nº 5, pp. 217-229, 2º Semestre 2006.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

MENDES, Armindo Ribeiro. Portugal – Tribunal Constitucional. I Conferência de Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha. Os Órgãos de Fiscalização da Constitucionalidade: Funções, Competências, Organização e Papel no Sistema Constitucional Perante os Demais Poderes do Estado. In: *Boletim de Documentação e Direito Comparado*. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, nº 71-72, pp. 687-776, 1997.

_____. Medidas Judiciais na Internet. In: *Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. V, pp. 251-282, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle da Constitucionalidade - Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. Contrariedade à Constituição e Recurso Extraordinário: Aspectos Inexplorados. In: *Revista dos Tribunais*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: RT, ano 2, n. 8, pp. 48-54, jul./set. 1994.

_____. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Direitos Fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – análise da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. In: *Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, pp. 207-225, 1998.

_____. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: Demonstração de inexistência de outro meio eficaz. In: *Revista Jurídica Virtual da Presidência da República*. Brasília: A Presidência, vol. 2, nº 13, www.presidencia.gov.br/revistajuridica, junho de 2000.

_____. COELHO, Inocêncio Mártires, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

_____. A Justiça Constitucional nos Contextos Supranacionais. In: *Revista de Direito Público do Instituto Brasileiro de Direito Público*. São Paulo: IOB Síntese, nº 8, pp.55-91, Abr-Maio-Jun./2005.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade – estudos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

MENDONÇA, J. J. Florentino dos Santos, e FLORENTINO, Deluse Amaral Rolim. *Instrumentos para a Efetivação do Acesso à Justiça*. Recife: Bagaço e Instituto do Ministério Público de Pernambuco, 2005.

_____. A Abertura do Direito Constitucional Brasileiro ao Constitucionalismo Português. Um estudo sobre a possibilidade europeização do Constitucionalismo Brasileiro. In: *Revista de Direito Público*, v. 1. Coimbra: Almedina, p. 139-190, 2009.

_____. *Obsolescência das Estruturas Nacionais de Poder*. Curitiba: Juruá, 2010.

MESQUITA, Maria José Rangel de. Âmbito e pressupostos da responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional. In: *Revista do CEJ – Dossiê temático – Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*. Coimbra: Almedina, nº 11, pp. 265-290, 1º Semestre 2009.

MIGUEL, Alexandre. A Constituição Brasileira e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 14, nº. 55, pp.287-326, abr.-jun./2006.

MIGUEL, Carlos Ruíz. *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos, 1997.

MILANO, Laure. *Le Droit à um Tribunal au sens da La Convention Européenne de Droits de L'Homme*. Paris: Dalloz, 2006.

MILLS, Alex. The Private History of International Law. In: *International & Comparative Law Quarterly*. Oxford: Oxford University Press, vol. 55, part 1, pp. 1-50, July 2006.

MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998.

MIRANDA, Jorge. *A Declaração Universal e os Pactos Internacionais de Direitos do Homem*. Lisboa: Petrony, 1977.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. Vol. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____. A Justiça Constitucional - Uma visão panorâmica. In: *Comunicação apresentada ao 3º Encontro Nacional de Direito Nacional*. São Paulo, 23/24 de setembro de 1994.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

_____. Exclusão Política. In: *Actas dos VI Cursos Internacionais de Verão Cascais*. Cascais: Câmara Municipal de Cascais, vol. 3, pp. 59-70, 2000.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003

_____. A ‘Constituição Europeia’ e a Ordem Jurídica Portuguesa. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, nº 4, pp. 75-98, Belo Horizonte: Del Rey, jul./dez. 2004.

_____. e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, Tomo I, 2005.

_____. A “Constituição Europeia” e a Ordem Jurídica Portuguesa. In: *Revista de Direito Internacional e Econômico*. São Paulo: IOB Síntese, n 8, pp.6-22, Jul.Ago.Set/2004.

MONTERREAL, José Maria Reyes. *La responsabilidad del Estado por error y normal funcionamiento de la administración de justicia*. Barcelona: Cóllex, pp. 9-17, 28-41 e 70-75, 1987.

MONTEIRO, Jorge Sinde. Assinatura Eletrônica e Certificação. In: *Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. III, pp. 109-129, 2002.

MONTORO, André Franco. Uma visão crítica do direito. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 32, n. 126, p. 5, Abr./Jun., 1995.

MORAES Alexandre de. Comentários à Lei nº 9.882/99 - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Humberto Pena. Assistência Judiciária Pública e os mecanismos de acesso à justiça no Estado Democrático. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. Democratização do acesso à justiça: assistência jurídica e defensoria pública. In: *Justiça: promessa e realidade. O acesso à justiça em países ibero-americanos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 333-364, 1996.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

_____. *Constituição do Brasil interpretada e legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, Adriano. *A Comunidade Internacional em Mudança*. São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1976.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974.

_____. A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito. In: *Temas de Direito Processual: Segunda Série*. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo. In: *Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1982.

_____. Notas sobre o problema de “efetividade” do processo. In: *Revista da Ajuris*. Rio Grande do Sul: AJURIS, nº 29, 1983.

_____. Tendências Contemporâneas do direito processual civil. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. A Garantia do Contraditório na Atividade de Instrução. In: *Temas de Direito Processual: Sexta Série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Sobre a participação do juiz no Processo Civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro do nosso tempo. In: *Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD*. Rio de Janeiro: UERJ, v. 1, n. 1, p. 167-168, 1992.

_____. A Evolução do Controle da Constitucionalidade no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As Garantias do Cidadão na Justiça*, São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. Efetividade do Processo e técnica processual. In: *Temas de Direito Processual: Terceira Série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

_____. Evoluzione della scienza processuale latino-americana in mezzo secolo. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Bologna: CEDAM, anno LIII (Seconda Serie) – nº 1, pp. 26 – 35, Gennaio - Marzo 1998.

_____. O futuro da Justiça: alguns mitos. In: *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros – Cidadania e Justiça*. Rio de Janeiro: Publicação da Diretoria de Comunicação Social da AMB, ano 4, nº 8, pp. 6-15, 1º Semestre/2000.

_____. Duelo e Processo. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 112, a. 28, out./dez. 2003.

MOREIRA, Vital. A “Fiscalização Concreta” no Quadro do Sistema Misto de Justiça Constitucional. In: *Boletim da Faculdade de Direito – Volume Comemorativo*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002.

MORELO, Augusto M. *El proceso justo*. Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 1994.

MOTA, Francisco Teixeira de. Justiça e Cidadania: para uma justiça mais democrática. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, nº 54, pp. 59-61, Junho de 1999.

MOTTA, Cristina Reindolf da. Due Processo of Law. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *As Garantias do Cidadão no Processo Civil: Relações entre Constituição e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 261-278, 2003.

MOTTA, Sylvio e DOUGLAS, William. *Controle de Constitucionalidade – Teoria, Jurisprudência e Questões*. Rio de Janeiro: Impetus, 2000.

MÜLLER, Friedrich. *O Novo Paradigma do Direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009;

_____. *Teoria Estruturante do Direito I*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

N

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NAGEL, Stuart S. Computer-Aided Law Decisions. In: *Law and Computers – Selected Papers from the 4th International Congress of the Italian Corte Suprema de Cassazione*. Milano: Dott. A. Giufrè, Vol. I – Legal Informatics, pp. 667-699, 1998.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

NAILINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NERI, Reto Gomes. Assistência jurídica aos carentes no Brasil. In: *Revista Consulex*. Brasília: Editora Consulex, ano II, nº 22, p. 66, Out./1998.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Coleção Estudos de Direito Processual Enrico Tullio Liebman, v. 21, 2004.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEW-YORK, Antônio Ernani Cacique de. Apontamentos sobre o Processo Cautelar. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 86, pp. 63 – 72, 1991.

NIBLETT, B. *Computer Science and Law*. Cambridge: Cambridge University Press. 1980.

NIKKEN, Pedro. El concepto de derechos humanos. In: *Estudios Básicos de Derechos Humanos*. San José Costa Rica: IIDH, 1994.

_____. *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*. Madrid: Civitas, 1987.

NÖRR, Knut Wolfgang. Alcuni momenti della storiografia del Diritto Processuale. Trad. Mario Ascheni. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Bologna: CEDAM, anno LIX (Seconda Serie) – nº 1, pp. 1 – 10, Gennaio - Marzo 2004.

NUNES, Dierle José Coelho. *O Direito Constitucional ao Recurso: da teoria dos recursos, das Reformas Processuais e da comparticipação nas decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

O

ORAA, Jaime. Los derechos humanos en el mundo: la organización de las Naciones Unidas, In: MARZAL, Antonio. *Los derechos humanos en el mundo*. Barcelona: J.M. Bosch, Esade Facultad de Derecho, 2000.

ORDOÑEZ, Jaime. Administración de justicia, gobernabilidad y derechos humanos en América Latina. In: BURELLI, Alírio Abreu, et al. *Estudios básicos de derechos humanos*. São José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 343-353, 1996.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

OLIVECRONA, Karl. *Lenguaje jurídico y realidad*. Buenos Aires: Centro Editor de AL, 1979.

OLIVEIRA, C. A. Álvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: *Revista Notícias do Direito Brasileiro – Nova Série*, São Paulo: IOB Thompson – Brasília - Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, n. 10, 2004.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

OLIVEIRA, Luciano. *Conflitos Coletivos e Acesso à Justiça*. Recife: OAB/Massangana, 1988.

_____. et al. *Conflitos coletivos. Relação Estado e Cidadão: canais que possibilitam o acesso à justiça*. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 1994.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela Jurisdicional e Estado Democrático de Direito – Por uma Compreensão Constitucionalmente adequada do Mandado de Injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____. Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional – Limites da distinção em face do modelo constitucional brasileiro do controle jurisdicional de constitucionalidade In: *JP – Jornal da Pós-Graduação em Direito da FD – UFMG*. Belo Horizonte: UFMG, ano 2, n. 13, p. 6, junho de 2000.

_____. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

ORDOÑEZ, Jaime. Administración de justicia, gobernabilidad y derechos humanos en América Latina. In: BURELLI, Alírio Abreu, et al. *Estudios básicos de derechos humanos*. São José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 343-353, 1996.

ORIONE, Marcus. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

ORLANDO, Bitar. A Lei e a Constituição. In: *Obras Completas de Orlando Bitar*, Rio de Janeiro: Edição do Departamento de Imprensa Nacional, 3 vols. 1978.

OTERO, Paulo. Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: A Inconstitucionalidade de Normas Constitucionais. In: *Revista o Direito*. Lisboa: Almedina, 1990.

_____. *Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

_____. A Crise na Concretização jurisdicional da justiça. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar e BARBAS-HOMEM, Antonio Pedro (Orgs.). *O Debate da Justiça*. Lisboa: Vislis, pp. 157-172, 2001.

OVEY, Clare e WHITE, Robin. *The European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

P

PACHECO, José da Silva. *Curso de Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade – Conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: RT, 2001.

PAPAPANTOLEON, Kleio. As Múltiplas Leituras do Princípio da Igualdade: Comentários Sobre a Decisão Grutter vs. Bollinger et al. da Suprema Corte dos Estados Unidos. In: *Cadernos de Direito do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba*. Piracicaba: Gráfica UNIMEP, Volume 3, Número 5, p. 276-287, 2003.

PARDO, D. W. de A. *Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

PAROSKI, Mauro Vasni. *Direitos Fundamentais e Acesso à Justiça na Constituição*. São Paulo: LTr, 2008.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. O problema do acesso à justiça no Brasil. In: *Revista de Processo*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, n. 39, ano 10, p. 78-88, Jul./Set. 1985.

_____. Função social do processo. In: *Ensaio Jurídico: Direito em Revista*. Rio de Janeiro: IBAJ, nº 4, p. 117 - 119, 1997.

_____. A crise do Poder Judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese nº 14, 2002.

PATTI, Salvatore. L'Efficacia probatória del documento informatico. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, anno LV (Seconda Serie) – nº 1, pp. 60-92, Gennaio-Marzo 2000.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

PAUPÉRIO, A. Machado. A objetivação da justiça. In: *Revista de Ciência Política*. Tio de Janeiro: UFRJ - Instituto de Direito Público e Ciências Políticas, v. 27, n. 2. P. 44-49, Maio/Ago., 1994.

PEDROSO, João, TRINCÃO, Catarina e DIAS, João Paulo. *Por Caminhos da(s) Reforma(s) da Justiça*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PEIXOTO, José Carlos Matos. Curso de Direito Romano. Rio de Janeiro: Haddad, 1955.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. Acesso à justiça e direitos humanos: o problema no Brasil. In: *Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD*. Rio de Janeiro: UERJ, n. 2, p. 123-134, 1994.

_____. O acesso à justiça e a adequação da legislação brasileira aos instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (Ed.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. São José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, pp. 191-204, 1996.

PEREIRA, Joel Timóteo Ramos. *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação: Notas Práticas, Legislação. Jurisprudência*. Lisboa: Quid Juris, 2004.

PEREIRA, Mateus Costa. Algumas Ilações a partir do Inciso LXXVII do art. 5º da Constituição Federal: Substrato e Discussões. In: GOMES NETO. José Mário Wanderley (Coord.). *Dimensões do Acesso à Justiça*. Salvador: Juspodivm, Coleção Temas de Processo Civil, pp. 183-209, 2008.

PERELMAN, Chäim. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Trad. L. Díez Picazo. Madri: Civitas, 1979.

_____. *Étique et Droit*. Trad. Maria Ermantina Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PETTITI L. E.; DECAUX E.; e IMBERT P. (Dir). *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*. Paris: Economica, 1995.

PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional: Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

_____. *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias como Juiz Legal e o Processo do Artigo 177º do Tratado CEE: As relações entre a ordem jurídica comunitária e as ordens jurídicas dos Estados-membros da perspectiva dos tribunais constitucionais*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa - AAFDL, 1991.

_____. A competência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias para fiscalizar a compatibilidade do direito nacional com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem: Um estudo de Direito Constitucional. In: VARELA, Antunes *et.al.* (Edit.) *Ab uno ad Omnes 75 anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 1393-1440, 1998.

_____. A Justiça Constitucional da União Européia. In: *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 467-501, 2006.

_____. A evolução do sistema de garantia da constituição em Cabo Verde. In: *Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 407-445, 2006.

_____. As garantias de cumprimento das obrigações dos Estados-Membros no espaço de liberdade, segurança e justiça. A avaliação mútua. In: *Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques*. Coimbra: Almedina, pp. 707-729, p. 2007.

_____. O Tratado de Lisboa em Perspectiva Constitucional. Uma apresentação à luz de 20 meses de vigência. In: PIÇARRA, Nuno (Coord.). *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa*. Aspectos Centrais. Coimbra: Almedina, pp. 15-37, 2011.

PIMENTEL, Alexandre Freire. *O Direito Cibernético e o Problema da Aplicação da Tecnologia à Experiência Jurídica: Um enfoque lógico-aplicativo*. Dissertação de Doutorado. Recife: Mimeo – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, 1997.

_____. *Principiologia Juscibernética. Processo telemático. Uma nova teoria geral do processo e do direito processual civil*. Tese de Doutorado. Recife: Mimeo – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, 2003.

_____. Súmula vinculante nº 05 do STF. Princípios Constitucionais e a Defesa Técnica no Processo Disciplinar contra Magistrado: Uma garantia de acesso à justiça.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

In: GOMES NETO, José Mário Wanderley (Coord.). *Dimensões do Acesso à Justiça*. Salvador: Juspodivm, Coleção Temas de Processo Civil, pp. 11-40, 2008.

PINTOS, Guillermo Díaz. En favor de un derecho fundamental de Acceso a la Red. In: *Persona y Derecho*. Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, nº 45, pp. 323-337, 2001.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PISANI, Andrea Proto. I rapporti fra Diritto sostanziale e Processo. In: *Appunto sulla Giustizia Civile*. Bari: Cacucci, 1982.

PISANI, Mario. Rogatorie internazionali e videoconferenze. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, anno LVII (Seconda Serie) – nº 4, pp. 981 – 995, Ottobre-Dicembre 2002.

PLINER, Adolfo. *Inconstitucionalidad de las Leyes*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1961.

POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

POULLAIN, Bernard. Remarques sur le modèle français de contrôle de constitutionnalité des lois. In: *Pouvoir - Revue Française d'Etudes Constitutionnelles et Politiques*. Paris: PUF, 1986.

PROVINCIALI, Renzo. *Norme di Diritto Processuale nella Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1959.

PUREZA, José Manuel. Justiça e Cidadania: para uma justiça mais democrática. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, nº 54, pp. 47-53, Junho de 1999.

PUY, Francisco. Teoria, Tópica, Retórica e Dialética dos Direitos. In: *Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, pp. 192-214, 2003.

Q

QUARESMA, Regina. Considerações sobre as origens do mandado de injunção. In: *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, nº 5, Ago.-Dez. 1994.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*. Coimbra: Coimbra – Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2002.

QUILLERE-MAJZOUB, Fabienne. *La Defense du Droit à un Process Equitable*. Bruxelles: Bruylant, 1999.

R

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1961.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Modernidade e Direito. In: *Revista da Associação Paulista do Ministério Público*. São Paulo: Takano, nº 3, ano 1, pp. 13-15, fev /1997.

RAMOS, Rui Manoel Moura. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a Proteção dos Direitos Fundamentais. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Publicação do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, pp. 41-80, nº 23, 2003 (2º semestre de 2002).

RANIERI, Nina Beatriz. Do Estado Liberal ao Estado Contemporâneo. Nota sobre os processos de exaustão dos modelos políticos e da ordem jurídica. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 36, ano 9, pp. 135-161, jul./set 2001.

RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

RAWLS, John. *Justicia como Equidad. Materiales para una Teoria de La Justicia*. Trad. Miguel Angel Rodilla, Madrid: Editorial Tecnos, 1986.

_____. *Uma Teoria de Justiça*. Trad. Carlos Pinto Correia. Lisboa: Presença, 1993.

_____. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

REALE, Miguel. *O direito como experiência. Introdução à epistemologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. Da responsabilidade do poder. In: *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 7, ano II, p. 7-15, Jan./Mar., 1969.

_____. O judiciário a serviço da sociedade. In: *Revista AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, ano XXI, n. 62, p. 190-198, 1994.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

REID, Karen. *A Practioner's Guide to the European Convention on Human Rights*. London: Sweet & Maxwell, 2012.

REINALDO, Jorge Vanossi. A. Recurso Extraordinario Federal. Control de Constitucionalidad. Buenos Aires, Editorial Universidad, 1984.

REIS, Márcio Monteiro. *Mercosul, União Européia e Constituição: A integração dos Estados e os Ordenamentos Jurídicos Nacionais*. São Paulo: Renovar, 2001.

RENUCCI, J. *Droit européen des droits de l'homme*. Paris: LGDJ, 2002.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Aspectos Relevantes da Teoria Geral da Ação Cautela. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 160, pp. 33 – 54, 1997, p. 34.

RICCI, Gian Franco. Il processo civile fra ideologie e quotidianità. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Bologna: CEDAM, anno LIII (Seconda Serie) – n° 1, pp. 77 – 103, Gennaio - Marzo 1998.

ROBLES, Manuel E. Ventura. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Camino Hacia um Tribunal Permanente. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José da Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003.

ROCAFORT, Rodolfo E. Piza. Responsabilidade del Estado-juez. In: *Responsabilidad del Estado y derechos humanos*. San José: Universidade Autônoma de Centro América, 1989.

ROCHA, José de Moura. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Aide, vol. VIII, 1981.

ROCHA, José Elias Dubard de Moura. Acesso à Justiça: suas posições epistemológicas. In: GOMES NETO. José Mário Wanderley (Coord.). *Dimensões do Acesso à Justiça*. Salvador: Juspodivm, Coleção Temas de Processo Civil, pp. 97-109, 2008.

ROCHA JUNIOR, José Jardim. Para a Crítica à Compreensão Dominante dos Direitos Fundamentais. In: *Revista de Direito Público*. Porto Alegre: Síntese – IOB, ano V, n° 18, pp. 80-92, Out.-Nov.-Dez. de 2007.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

RODRIGUES, Simone Martins. *Segurança Internacional e Direitos Humanos: A prática da intervenção humanitária no pós-gerra fria*. São Paulo: Renovar, 2000.

RODRIGUES, Walter Piva. Asistencia judiciária, una garantía insuficiente. El conocimiento de los derechos como presupuesto de la participación. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, e WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

RODRIGUEZ, Jose Julio Fernandez. *La Inconstitucionalidad por Omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El caso Español*. Madrid: Editorial Civitas, 1998.

RODRIGUÉZ, Luiz Inácio Sanches. Los sistemas de protección Americano y Europeo de los derechos humanos: el problema de la ejecución interna de las sentencias de las respectivas Cortes de Justicia. In: RESCIA, Victor Manuel Rodríguez. *La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José da Costa Rica: IUSA, pp. 501-513, 1997.

ROLLIN, Cristiane Flores Duarte. A Garantia da Igualdade no Processo Civil frente ao Interesse Público. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *As Garantias do Cidadão no Processo Civil: Relações entre Constituição e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 53-76, 2003.

ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. São Paulo: RT, 1977.

RONZITTI, Natalino. Access to Justice and Compensation for Violations of the Law of War. In: FRANCIONI, Francesco (Ed.). *Access to Justice as a Human Right*. Oxford: Oxford University Press, 2007, Collected Courses of the Academy of European Law, XVI/4, 95-113, 2007.

ROQUE, Sebastião José. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Hemus, 1997.

ROSA, Felipe Augusto de Miranda. O acesso ao aparelho judicial: teoria e prática. In: *Revista Jurídica*. Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, n. 48, p. 19-21.

_____. *Sociologia do Direito. O Fenômeno Jurídico como Fato Social*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1984.

ROSA, Alexandre Moraes da. Aspectos destacados do Poder Judiciário norte-americano. In: *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros – Cidadania e*

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

Justiça. Rio de Janeiro: Publicação da Diretoria de Comunicação Social da AMB, ano 4, nº 8, pp. 113-120, 1º Semestre/2000.

ROSAS, Roberto. Efetividade e Instrumentalidade. Estruturação processual: caminho de uma reforma. In: *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. Rio de Janeiro: OAB - Conselho Federal, n. 63, pp. 71-84, jun./dez. 1996.

ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994.

ROUSSEAU, Dominique. *La Justicia Constitucional en Europa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ROYO, Javier Perez. *Tribunal Constitucional y División de Poderes*. Madrid: Editorial Tecnos, 1988.

RUIVO, Fernando. Aparelho judicial, Estado e legitimação. In: FARIA, José Eduardo (Org.) *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.

RUSSOMANO, Nailê. Influências da Constituição da República Portuguesa de 1976 na Constituição Brasileira de 1988 – Da Defesa do Consumidor. In: MIRANDA, Jorge (Org.) *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. III, pp.425-444, 1997.

S

SABADELL. Ana Lúcia. Tribunal Penal Internacional e Direitos Fundamentais: Problemas de Constitucionalidade. In: *Cadernos de Direito do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba*. Piracicaba: Gráfica UNIMEP, Volume 3, Número 5, p. 241-259, 2003.

SABSAY, Daniel A. El amparo como garantia para el acceso a la jurisdicción em defensa de los derechos humanos. In: CAMPOS, Germán G. Bidart; et al. *La aplicación de los tratados sobre los derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, pp. 229-245, 1997.

SADEK, Maria Tereza (Org.). Acesso à justiça. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SAGÜES, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 4 volumes, 1989.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos, 2003.

SALDANHA, Nelson. Direito Constitucional comporta Princípios Gerais? In: *Velha e Nova Ciência do Direito*. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1974.

_____. *O Jardim e a Praça: Ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

_____. O Estado em Questão: Presente e Futuro. In: *Revista da Escola da Magistratura do Estado de Pernambuco*. Recife: Bagaço, vol. 3, nº 07, pp. 533-544, jan./jun. de 1998.

_____. As constantes axiológicas da cultura e da experiência jurídica brasileira. In: *Revista Idéia Nova – Órgão de Divulgação Científico-Literário dos Estudantes do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UFPE*. Recife: Editora Nossa Livraria, nº 4, p. 71-80, Jan./Dez., 1998.

SALLES, Abdar da Costa. A Liminar no Procedimento Cautelar Atípico. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 115, pp. 21 – 26, 1993.

SALVIA, Michele de. *Lineamenti di Diritto europeo dei Diritti dell'uomo*. Trieste: Proxima Scientific Press, 1997.

SALVIOLI, Favián Omar. Algunas reflexiones sobre la indemnización en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: LEAL, César Barros, et al. *Estudios básicos de derechos humanos*, nº 3. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 145-164, 1995.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SÁNCHEZ, Pedro José González-Trevijano. *El Tribunal Constitucional*. Navarra: Aranzadi Editorial, 2000.

SÁNCHEZ-CRUZAT, José M. Bandres. *El tribunal europeo de los derechos del hombre*. Barcelona: Boch, 1983.

SÁNCHEZ, Santiago Carretero. *Nueva Introduction a la Teoria del Derecho*. Madrid: Dykinson/Servicio de Publicaciones de L'Universidad Rey Juan Carlos, 2005.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

SANCHIS, Luiz Prieto. Constituição y Democracia. In: *Justiça Constitucional Y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, pp. 137 a 174, 2003.

SANDS, Philippe. Traité, Couture, et Fertilisation Mutuelle du Droit International. In: *Droit International 4 – Institut de Autes Etudes Intenationales de Paris*. Paris: Pedone, pp.211-233, 1999/2000.

SANT'ANA, Janice Cláudia Freire. *O Brasil e a Execução de sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Dissertação (Mestrado em Direito)*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2001.

SANTOS, Andremara. O sistema jurisdicional de garantia dos direitos individuais no Tratado da Comunidade Européia e a atuação do Tribunal de Justiça enquanto veículo de consolidação e nacionalização do Direito Comunitário. In: *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros – Cidadania e Justiça: Os Reflexos da Globalização nos Institutos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Diretoria de Comunicação Social da AMB, ano 5, nº. 11, pp.46-74, 2º semestre de 2001.

SANTOS, Boaventura de Souza. O discurso e o poder. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito. Número Especial, p. 238-249, 1979.

_____. O Direito e a Comunidade: As Transformações Recentes da Natureza do Poder do Estado nos Países Capitalistas Avançados. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 10, pp. 09-39, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, dezembro 1982.

_____. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, nº 21, pp. 11-37, Novembro de 1986.

_____. O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna: Para um Novo Senso Comum sobre o Poder e o Direito. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, nº 30, pp. 13-43, Junho de 1990.

_____. MARQUES, Maria Manuel Leitão, PEDROSO, João e, FERREIRA, Pedro Lopes. A Morosidade Judicial e o Acesso à Justiça. Coimbra: Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Vol. I a III, 1995.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

_____. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência – para um novo senso comum – a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. Acesso à justiça. In: *Justiça: promessa e realidade*. Organização AMB. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 405-420, 1996.

_____. Do Pós-Moderno ao Pós-Colonial e para além Um e Outro. In: *VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais*. Coimbra: 2001. Disponível em http://www.ces.uc.pt/misc/Do_pos-moderno_ao_pos-colonial.pdf. Acesso em: 21 de agosto de 2006.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Acesso à Justiça como Direito Fundamental e a Igualdade em face dos Direitos Sociais. In: GOMES NETO. José Mário Wanderley (Coord.). *Dimensões do Acesso à Justiça*. Salvador: Juspodivm, Coleção Temas de Processo Civil, pp. 75-85, 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, vol. I, 1990.

SANTOS, Ulderico Pires dos. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Paumape, 1988.

SARAIVA, Vicente. *O Conceito de Ação no Direito Romano e Moderno*. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 61, pp. 61 – 77, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais como “Cláusulas Pétreas”. In: *Cadernos de Direito do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba*. Piracicaba: Gráfica UNIMEP, Volume 3, Número 5, p. 78-97, 2003.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. Constituição e Globalização: A Crise dos Paradigmas do Direito Constitucional. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 215, pp. 18-34, jan./mar. 1999.

SCARSELLI. La Ragionevole Durata del Processo Civile. In: *F.I.* Roma: Zanichelli, 2003.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

SCARTEZZINI, Ana Maria. A Ação de Declaração de Constitucionalidade da Lei e os Princípios Constitucionais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.

SEGURADO, Milton Duarte. *O Direito no Brasil*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1973.

SEGORBE, Beatriz, e TRABUCO, Cláudia. *O Conselho Constitucional Francês*. Coimbra: Quarteto, 2002.

SENDRA, Vicente Gimeno, e ALLARD, Pablo Morenilla. *Los procesos de amparo (civil, penal, administrativo, laboral, constitucional y europeo)*. Madrid: Colex, 2003.

SERRA, A. Padilla. La Constitución Italiana de 1947. In: AGESTA, L. Sanchez, *Curso de Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Editora Universidad de Madrid, 1974.

SHILS, Edward. *Centro e Periferia*. Tradução de José Hartug de Freitas. Lisboa: DIFEL, 2000.

SIFUENTES, Mônica Jacqueline. O Poder Judiciário no Brasil e em Portugal: reflexões e perspectivas. In: *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros – Cidadania e Justiça*. Rio de Janeiro: Publicação da Diretoria de Comunicação Social da AMB, ano 4, nº 8, pp. 95-112, 1º Semestre/2000.

SILVA, Dickem William Lemes. O Direito de Acesso à Justiça no Contexto do Pós-Positivismo. In: *Revista de Direito Público*. Porto Alegre: Síntese – IOB, ano III, nº 10, pp. 125 – 160, Out.-Nov.-Dez. 2005.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. Os Direitos Humanos São Absolutos? A Tendência Inflacionária do Processo de Positivação e o Paradoxo da Dispersão dos Enfoques. In: *Cadernos de Direito do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba*. Piracicaba: Gráfica UNIMEP, Volume 3, Número 5, p. 228-240, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: RT, 1982.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA, Júlio Reis (Org.). *Direito da Informática: Legislação e Deontologia*. Lisboa: Cosmos, 1994.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

SILVA, Luís Antônio Vieira da. *História Interna do Direito Romano Privado até Justiniano*. Brasília: Senado Federal, 2008.

SILVA, Nanci de Melo e. *Da Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, Paula Costa e. De minimis non curat praetor. O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução das controvérsias: alternatividade efectiva e complementaridade. In: *O Direito*. Coimbra: Almedina, ano 140º, vol. IV, pp. 735-752, 2008.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *A Evolução do Controle da Constitucionalidade e a Competência do Senado Federal*. São Paulo: RT, 1992.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 91, v. 798, abr./2002.

SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. *Lineamentos do Mandado de Injunção*. São Paulo: Editora RT, 1993.

SILVEIRA, Rubens Curado. *A Imunidade de Jurisdição dos Organismos Internacionais e os Direitos Humanos*. São Paulo: LTR, 2007.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. *Reforma da Justiça*. Niterói: Impetus, 2005.

SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Direitos fundamentais e direito comunitário – por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SOUSA, Aiston Henrique de. A Garantia do Acesso à Justiça na Corte Interamericana de Justiça e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. In: *Relatório da Disciplina*

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

Direitos Fundamentais no Curso de Doutorado em Ciência Jurídicas. Lisboa: Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, 2006.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. *Para uma Crítica da Eficácia do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1984.

SOUSA, Miguel Teixeira de. O Valor Probatório dos Documentos Eletrônicos. In: *Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. II, pp.171-201, 2001.

SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange. *Sociologia do Direito*. São Paulo: EDUSP, 1981.

_____. Direito alternativo: em busca de sua teoria sociológica. In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, n. 7, p. 49-106, 1995.

SOUZA, Marcelo Rebelo de. *O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional*. Lisboa: Gráfica Portuguesa, 1988.

_____. *Constituição da República Portuguesa e a Legislação Complementar*. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1992.

_____. e ALEXANDRINO, José de Melo. *Constituição da República Portuguesa Comentada*. Lisboa: Lex, 2000.

SOUZA, Sebastião Pereira de. Medidas Liminares. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 99, pp. 57 – 87, 1992.

SOYER, Jean-Claude. Légitimité Supranationale des Justices Nationales. In: *Les Doits de L'Homme au seuil du Troisième Millénaire – Mélanges en Hommage à Pierre Lambert*. Bruxelles: Bruylant, pp. 767-776, 2000.

SPADOLINI G., et al. *La Costituzione Italiana Quarant'Anni Dopo*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1989.

SROCKINGER, Francisco Tiago Duarte. O Provimento Jurisdicional e a Garantia do Contraditório. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *As Garantias do Cidadão no Processo Civil: Relações entre Constituição e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 77-96, 2003.

STAMBER, Ronald e, BACKHOUSE, James. Experts Systems – Lawyers Beware. In: *Law and Computers – Selected Papers from the 4th International Congress of the*

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

Italian Corte Suprema de Cassazione. Milano: Dott. A. Giufrè, Vol. I – Legal Informatics, pp. 465-491, 1998.

STANFORD, Arthur. As audiências judiciais como processo de legitimação e justiça social: (à luz da teoria da Justiça Social de Rawls e da legitimação pelo procedimento de Luhmman). In: *Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco*. Recife: Bagaço, v. 3, n. 7, p. 43-66, Jan./Jun. 1998.

_____. Da Mitologia Dogmática da Modernidade à Prática Forense das Decisões Judiciais. In: BRANDÃO, Cláudio e ADEODATO, João Maurício (Orgs.). *Direito ao Extremo – Coletânea de Estudos*. Rio de Janeiro: Forense, pp. 77-92, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *O Mandado de Injunção no Direito Brasileiro*. São Paulo: Edições Trabalhistas, 1991.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRENGER, Irineu. *Mandado de Injunção*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

STÜRNER, Rolf. Procédure Civile et Culture Juridique. In: *Revue Internationale de Droit Compare (Revue Trimestrielle publiée avec le concours du CNRS et sous les auspices du Centre Français de Droit Compare)*. Paris: France-Quercy – Société de Législation Comparée, année 56, n° 4, pp. 797-824, Octobre-Décembre 2004.

SUDRE, Frédéric et al. *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*. Paris: Presses Universitaires de France, 2011.

_____. *Droit International et européen des droits de l'homme*. Coll. Droit Fontamental. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

_____. (Dir). *L'interprétation de la CEDH*. Buxelles: Bruylant, Coll. Droit et Justice, n° 21, 1998.

_____. *Droit international et européen des droits de l'homme*. Paris: PUF, Coll. Droit Fontamental. 2001.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

_____. *La Convention européenne des droits de l'homme. Que sais-je?* Paris: PUF, n°. 2513, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos em Norberto Bobbio. In: *Cadernos de Direito do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba*. Piracicaba: Gráfica UNIMEP, Volume 3, Número 5, p. 208-227, 2003.

SWINARSKI, Christophe. *Direito Internacional Humanitário: Como sistema de proteção internacional da pessoa humana (Principais noções e institutos)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

T

TÁCITO, Caio. A razoabilidade das leis. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, ano 92, v. 335, p. 7, Jul./Set., 1996.

TAPIA, Oscar R. Pierre. *Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Jurisprudência de la Corte Suprema de Justicia: Repertorio mensual de jurisprudencia*. Caracas: Ed. Pierre Tapia, pp. 362-371, ene. 1999.

TARUFFO, Michele. Dimensões Transculturais da Justiça Civil. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco*. Recife: ESMAPE, volume 5, n° 11, pp. 291-343, Jan./Jun. 2000.

TARZIA, Giuseppe. Il Giusto Processo de Execuzione. In: *Il Giusto Processo*. Roma: Accademia Nazionale dei Licei, 2003.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. A Constituição Brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 28, n° 109, pp.71-108, jan./mar. 1991.

TAVARES, André Ramos. *Tratado da Arguição de Preceito Fundamental – Lei n. 9.868/99 e Lei 9.882/99*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Aspectos essenciais do instituto na Constituição e na Lei. In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs.). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei n° 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

TAWIL, Guido Santiago. *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*. Buenos Aires: Depalma, pp. 77-79, 1993.

TEIXEIRA, Antonio Braz. A ideia de justiça no pensamento contemporâneo. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*. Coimbra: Almedina, vol. I, pp. 37 – 63, 2000.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. Acesso à Justiça, Proporcionalidade e a “Pílula Vermelha”: entre Racionalidade e Hermenêutica. In: GOMES NETO. José Mário Wanderley (Coord.). *Dimensões do Acesso à Justiça*. Salvador: Juspodivm, Coleção Temas de Processo Civil, pp. 87-96, 2008.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Controle da Constitucionalidade no Brasil e em Portugal. In: *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 28, 1974.

_____. *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. A efetividade do processo e a reforma processual. In: *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*. Uberlândia: EDUFU, nº 22. pp. 257-270, 1993.

_____. A efetividade do processo e a reforma processual. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 153, pp. 09 – 24, 1997.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. Efetividade Social do Processo Trabalhista – A eficácia do processo no âmbito da justiça do trabalho numa perspectiva sociojurídica. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região*. Recife: TRT da 6ª Região, v. 10, n. 25, pp. 56-93, 1998.

_____. Acesso à Justiça e Crise do Modelo Processual Brasileiro Contemporâneo: Superando os Obstáculos à Efetividade do Processo Trabalhista. In: GOMES NETO. José Mário Wanderley (Coord.). *Dimensões do Acesso à Justiça*. Salvador: Juspodivm, Coleção Temas de Processo Civil, pp. 183-209, 2008.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. O Chamado Direito Alternativo. In: *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*. São Paulo: Serviço Técnico de Imprensa da Universidade de São Paulo, vol. 94, pp. 73-80, 1999.

TELLES. Inocência Galvão. *Introdução ao Estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. 2., 2000.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. Rio de Janeiro: Aidê, 1987.

_____. *Processo Cautelar*. São Paulo: Leud, 1993.

_____. Ação Rescisória e o Problema da Superveniência do Julgamento da Questão Constitucional. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20, nº 79, julho-setembro, 1995.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, vol. I e II, 1996.

_____. e FARIA Juliana Cordeiro de. A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu Controle. In: *Revista da Advocacia-Geral da União*, Ano II, nº 09, site www.agu.gov.br/ce, abril de 2001.

_____. Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da Reforma das Leis Processuais. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, ano IV, nº 36, Porto Alegre: Síntese, pp. 19-37, Jul./Ago. 2005.

TOBEÑAS, José Castan. *La idea de justicia. Su trayectoria doctrinal y la problemática de sus contenidos*. Madrid: Reus, 1968.

TOSTES, Ana Paula B. *União Europeia: o poder político do direito*. São Paulo: Renovar, 2004.

TOULMIN, Stephen E. *The uses of argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 1958.

TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. New York: Foundation Press, 2000.

TRECHSEL, Stefan. L'Administration de la Preuve. Quelques réflexions sur l'article 6, 3º, d) de la Convention Européenne des Droits de L'Homme. In: *Les Doits de L'Homme au seuil du Troisième Millénaire – Mélanges en Hommage à Pierre Lambert*. Bruxelles: Bruylant, pp. 907-926, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. Democracia y Derechos Humanos: El Regimen Emergente de la Promoción Internacional de la Democracia y del Estado de Derecho. In: *Boletim da*

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

Sociedade Brasileira de Direito Internacional. Brasília: Sociedade Brasileira de Direito Internacional, nº 91/92, pp. 13-29, jan./jul. 1994.

_____. *O esgotamento de recursos internos no direito internacional*. Brasília: UnB, 1997.

_____. O legado da Declaração Universal e o futuro da proteção internacional dos Direitos Humanos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do, e PERRONE-MOISES, Cláudio (Orgs.). *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: Edusp/Fapesp. 1999.

_____. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Fabris, vol. 3, 2003.

_____. Prefácio. O Acesso Direito dos Indivíduos à Justiça Internacional. In: LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto (Org.). *Manual de Direitos Humanos Internacionais: Acesso aos Sistemas Global e Regional de Proteção dos Direitos Humanos*. São Paulo: Loyola, 2003.

TOSTES, Ana Paula B. *União Europeia: o poder político do direito*. São Paulo: Renovar, 2004.

TROCKER, Nicolò. Dal giusto processo all'effettività dei remedi: l'azione nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo Parte Prima. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, anno LXI, nº 1, pp. 35-65, Marzo 2007.

_____. Dal giusto processo all'effettività dei remedi: l'azione nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo Parte Seconda. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, anno LXI, nº 2, pp. 438-460, Giugno 2007.

TUGENDHAT, Ernst. Tres lecciones sobre problemas de la ética. In: *Problemas de la ética*. Trad. J. Vigil. Barcelona: Crítica, 1988.

_____. A controvérsia sobre os direitos humanos. Trad. João Maurício Leitão Adeodato. In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*. Recife: Editora da UFPE, nº 10, pp. 79-92, 2000.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Editora RT, 1993.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

_____. e TUCCI, José Rogério Cruz. *O Devido Processo Legal e a Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. Aspectos Processuais da Denominada Ação Declaratória de Constitucionalidade. In: *Processo Civil - Realidade e Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Tempo e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Garantia do Processo sem Dilações Indevidas. In: *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999.

U

USTÁRROZ, Daniel. A Democracia Processual e a Motivação das Decisões Judiciais. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *As Garantias do Cidadão no Processo Civil: Relações entre Constituição e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 125-146, 2003.

V

VALLADÃO, Haroldo. *Democratização e socialização do direito internacional: Os impactos Latino-Americano e Afro-Asiático*. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1961.

VALLE, Rubéns Hernández, e TREMPs, Pablo Pérez. *La Justicia Constitucional como elemento de Consolidación de la Democracia en Centroamerica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

VANDERNOOT, Pierre. La Cour D'Arbitrage de Belgique et le Droit D'Accès aux Juridictions. In: *Les Doits de L'Homme au seuil du Troisième Millénaire – Mélanges en Hommage à Pierre Lambert*. Bruxelles: Bruylant, pp. 959-989, 2000.

VASAK, Karel. *As Dimensões Internacionais dos Direitos do Homem: Manual Destinado ao Ensino dos Direitos do Homem nas Universidades*. Lisboa: Universidade Portuguesa de Livros Técnicos e Científicos/UNESCO, 1983.

VASCONCELOS, Diogo. Democracia Electrónica. In: *Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. VI, pp. 229-236, 2006.

VASCONCELOS, Pedro Bacelar de. Justiça e Cidadania: para uma justiça mais democrática. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, nº 54, pp. 55-57, Junho de 1999.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito Processual Civil. Do antigo ao novo Código*. Coimbra: Almedina, 2005.

VAZ, Tereza Sapiro Anselmo. Novas tendências do processo civil no âmbito do processo declarativo comum (alguns aspectos). In: *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Almedina, ano 62, pp. 731-757, Dezembro de 2002.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Controle da Constitucionalidade das Leis na Constituição Brasileira de 1988. In: *Temas de Direito Público*, Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

_____. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direito Contemporâneo - Estudos em Homenagem a Oscar Dias Correa*. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VELU, Jacques e ERGEC, Rusen. *La Convention Européenne des Droits de L'Homme*. Bruxelles: Bruylant, 1990.

_____. La jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de L'Homme. Paris: Sirey, 1994.

VERDUSSEN, Marc. La Convention Europeenne des Droits de L'Homme et Le Juge Constitutionnel. In: *Journée D'Études: La Mise en Oeuvre Interne de La Convention Européenne des Droits de L'Homme*. Bruxelles: Éditions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1994.

VERGARI, James V. Repercussions of Computer Technology on United States Law and Lawyers. In: *Law and Computers – Selected Papers from the 4th International Congress of the Italian Corte Suprema de Cassazione*. Milano: Dott. A. Giufrè, Vol. II – Judicial and Administrative Informatics Computer Law, pp. 977-1042, 1998.

VERHOFSTADT, Guy. *Os Estados Unidos da Europa: Manifesto para uma nova Europa*. Trad. Lídia Martins Figueiredo. Lisboa: Gadiva, 2006.

VERNAN, Jean-Pierre. As origens do pensamento grego. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1994.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

VESCOVI, Enrique. La independencia de la magistratura en la evolución actual del derecho. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 30, 1983.

VIANNA, Werneck e BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

VIDIGAL, Erick. O Regime Jurídico das Integrações Econômicas Regionais. In: *Revista de Direito Internacional e Econômico*. São Paulo: IOB Síntese, n 12, pp.23-33, Jul-Ago-Set/2005.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudência*. Tradução de L. Díez Picazo Ponce de León. Madrid: Taurus, 1986.

_____. *Topica y Filosofia del Derecho*. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.

VIEIRA, José Ribas (Org.) et al. *A Constituição Europeia: O projeto de uma nova teoria constitucional*. São Paulo: Renovar, 2004.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e Globalização*. Rio de Janeiro: Record, 1998.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política*. São Paulo: RT, 1994.

VIGO, Rodolfo Luis. Los principios jurídicos y su impacto en la teoría actual. In: *Persona y Derecho*. Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, nº 44, pp. 65-102, 2001.

VIGORITI, Vincenzo. Notas sobre o custo e a duração do processo civil na Itália. In: *Revista de Proceso*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 43, jul./set. 1986, pp. 142 – 148.

VILAÇA, José Luís da Cruz. O Tratado de Lisboa e a Política de Concorrência. In: PIÇARRA, Nuno (Coord.). *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa. Aspectos Centrais*. Coimbra: Almedina, pp. 195-204, 2011.

VINCENT, R. J. *Human rights and international relations*. Cambridge: University Press, 1986.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

VITORINO, António. *A Adesão de Portugal às Comunidades Europeias: a problemática da aplicabilidade directa e do primado do direito comunitário face ao nosso ordenamento jurídico*. Lisboa: Cognition, 1984.

_____. A “Casa Europeia” de Lisboa. In: PIÇARRA, Nuno (Coord.). *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa. Aspectos Centrais*. Coimbra: Almedina, pp. 39-45, 2011.

VLACHOS, G. La structure des droits de l’homme et le problème de leur réglementation em regime pluraliste. In: *Revue Internationale de Droit Compare (Revue Trimestrielle publiée avec le concurs du CNRS et sous les auspices du Centre Français de Droit Compare)*. Paris: France-Quercy – Société de Législation Comparée, année 197, n. 2, Vol. 24, n°2, pp. 279-353, Avril-juin 1972.

W

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das Decisões Judiciais por meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória. Recurso Especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à Lei?* São Paulo: RT, 2001.

WARAT, Luís Alberto e PÊPE, Albano Marcos Bastos. *Filosofia do Direito uma Introdução Crítica*. São Paulo: Moderna, 1996.

WARUSFEL, Bertrand. La Liberté D’expression et ses Limites dans la ‘Société de L’Information’. L’Exemple de L’espionnage Électronique. In: *Collection Médias, Sociétés et Relations Internationales: La Société de L’Information entre Mythes et Réalités*. Bruxelles: Bruylant, pp. 276-414, 2005.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 104-105, 1987.

_____. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; e WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 128-135, 1988.

_____. Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e não Fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Rio Grande do Sul: AJURIS, n° 66, pp. 161-189, 1996.

WEIS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

WENGOROVIVUS, Vitor. Comentário ao Artigo Introdução à Sociologia da Administração da Justiça de Boaventura de Sousa Santos. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, nº 21, pp. 42-44, Novembro 1986.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Tradução de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 27.

WLASIC, Juan Carlos. *Convención Americana sobre derechos humanos: anotada y concordada con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Argentina: Juris, 1995.

WOOLF, Lord. *Acces to justice*. <http://lrc.law.warwick.ac.uk/wolf/contentes.html>. Acesso em maio de 1996.

Z

ZAGREBELSKY, G. *Il Diritto Mitte – Legge, Diritti, Giustizia*. Trad. Marina Gascón. Madri: Trotta, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. Restrições à Concessão de Liminares. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Vellenich, vol. 125, pp. 67 – 81, 1994.

_____. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Referências Jurisprudenciais

Cortes Constitucionais

Brasil

ADIN nº 1344-1/ES.

ADIN nº 1480/DF.

ADIN nº 939-7/DF.

ADIN nº 1.480/DF.

ADI nº 2139 MC/DF.

ADI nº 2356 MC/DF.

ADI nº 1539/UF.

ADI nº 3826/GO.

ADI nº 948

ADI nº 1.926-MC

ADI nº 1.651-MC.

ADI nº 1.889-MC.

ADI nº 2.040-MC.

ADI nº 2.078-MC.

ADI nº 2655/MT.

ADI nº 3.045/DF.

ADI nº 4056/MA.

ADI nº 2.160-MC.

ADI nº 2.139-MC.

AgRg na SS nº 2743 AgR / MG.

AI-AgR nº 749.139.

AI-AgR nº 614.241.

AI nº 845096/AC.

AI-AgR nº 728.837

AI-AgR nº 766.950.

AI nº 494.388-AgR.

AI nº 819620/SP.

AI nº 566.376.

AI nº 223.518-AgR.

AI nº 316.458-AgR.

AI nº 581.322-AgR.

AI nº 597.618-AgR.

AI nº 797.515-AgR.

AI nº 759.421 RG

AI nº 336.803.

AI nº 372.516.

AI nº 407.909

AI nº 410.497-AgR.

AI nº 592651/RJ.

AI nº 733935/SP.

AI nº 710.683-EDv-AgR.

AI nº 710.275-EDv-ED-AgR.

AI nº 614.073-AgR-EDv-AgR.

AI nº 702192 Ar-ED-ED-EDv/PR.

ACO nº 1442/RJ.

ARE nº 636852/SP.

AO nº 1.531-AgR/RS.

CC nº 7.082.

HC nº 102923/AL.

HC nº 73044-2/SP.

HC nº 78.375-2.

HC nº 72.131/RJ.

HC nº 73.044/SP.

HC nº 79.785/RJ.

HC nº 72.131-1/RJ.

MC em MS nº 27571 MC/DF.

MS nº 24.633.

MS nº 21.734

MC em MS n.º 25.637

MC em MS n.º 23.572.

MC em MS n.º 27817 MC/DF.

MI n.º 833/DF.

MC na Pet. n.º 2859 MC/SP.

Pet n.º 3566 - AgR-QO/PE.

Rcl n.º 12315 MC/SP.

Rcl. n.º 8027/RJ.

Rcl n.º 5.577-ED/RJ.

RE n.º 140.499-GO.

RE n.º 242.740/GO.

RE n.º 343866 AgR/RJ.

RE n.º 566621/RS.

RE n.º 34618.

RE n.º 454421 AgR/ES.

RE n.º 233.743.

RE n.º 229.786.

RE n.º 213.696-AgR.

RE n.º 263.038.

RE n.º 650684/ES.

RE n.º 72054/GB.

RE n.º 627106/PR.

RE n.º 566621/RS.

RE n.º 591033/SP.

RE n.º 140.370.

RE n.º 516736/SP.

RE n.º 444.810.

RE n.º 328.812-AgR.

RE n.º 484.235-AgR/MG.

RE n.º 232.472-AgR/SP.

RE n.º 233.990/RS.

RE n.º 234.059/AL.

RE nº 607.547/RJ.

RE nº 353.992/RS.

RE nº 418.561/RJ.

RE nº 210.246.

RE nº 224.958.

RE nº 223.179.

RE nº 210.192.

RE nº 210.243.

RE nº 223033/PR.

RE nº 146.747-EDv-AgR.

RE nº 143.808-EDv-QO.

RE nº 233.563-ED-ED-EDv-AgR.

RE nº 205746/RS.

RE nº 34618.

RE nº 224.775-6/MS

RE nº 207.732-1-MS.

RE nº 158.655-9/PA.

RE nº 172.084/MG.

Portugal

Acórdão 47/84.

Acórdão 101/84.

Acórdão 107/84.

Acórdão 24/85.

Acórdão 118/85.

Acórdão 158/85.

Acórdão 31/87

Acórdão 409/87.

Acórdão 412/87.

Acórdão 433/87.

Acórdão 478/87.

Acórdão 269/87.

Acórdão 58/88.
Acórdãos 61/88.
Acórdão 65/88.
Acórdão 86/88.
Acórdão 137/88.
Acórdão 168/88.
Acórdão 207/88.
Acórdão 218/88.
Acórdão 304/88.
Acórdão 274/89.
Acórdão 113/89.
Acórdão 184/89.
Acórdão 47/90.
Acórdão 160/90.
Acórdão 163/90.
Acórdão 222/90.
Acórdão 202/90.
Acórdãos 307/90
Acórdão 339/90.
Acórdão 54/91.
Acórdão 62/91.
Acórdão 67/91.
Acórdão 330/91.
Acórdão 352/91.
Acórdão 358/91.
Acórdão 444/91.
Acórdão 49/92.
Acórdãos 149/92.
Acórdão 148/92.
Acórdão 155/92.
Acórdão 172/92.
Acórdãos 210/92.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

Acórdão 211/93.

Acórdão 263/93.

Acórdão 266/93.

Acórdão 344/93.

Acórdão 264/94.

Acórdão 409/94.

Acórdão 475/94.

Acórdão 529/94.

Acórdão 611/94.

Acórdão 644/94.

Acórdão 661/94.

Acórdão 103/95.

Acórdão 338/95.

Acórdão 489/95.

Acórdão 605/95.

Acórdão 105/96.

Acórdão 497/96.

Acórdão 501/96.

Acórdão 962/96.

Acórdão 245/97.

Acórdão 370/97.

Acórdão 451/97.

Acórdão 182/98.

Acórdão 228/98.

Acórdão 97/99.

Acórdão 202/99.

Acórdão 345/99.

Acórdão 210/2000.

Acórdão 374/2000.

Cortes do Sistema de Proteção Internacional dos Direitos Humanos

Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

Lawless c. Irlanda (1961).
Áustria c. Itália (1961).
Delcourt c. Bélgica (1970).
Ringensein c. Áustria (1971).
Golder c. Reino Unido (1975).
Engel c. Países Baixos (1976).
Handsyde c. Reino Unido (1976).
Irlanda c. Reino Unido (1978).
Klas c. Alemanha (1978).
Konig c. RFA (1978).
Winterwerp c. Holanda (1979).
Airey c. Irlanda (1979).
Young, James e Webster c. Reino Unido (1981).
Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Bélgica (1981).
Piersackc c. Belgium (1982).
Pretto c. Itália (1983).
Sramek c. Áustria (1984).
Cubber c. Belgium (1984).
Ozturk v. Turquia (1984).
Decubber c. Bélgica (1984).
Guincho c. Portugal (1984).
Rasmussen c. Dinamarca (1984).
Malone c. Reino Unido (1984).
X e Y c. Irlanda (1985).
Ashingdane c. Reino Unido (1985).
Feldbrugge c. Países Baixos (1986).
Brogan c. Reino Unido (1988).
Muller c. Suíça (1988).
Brigan c. Reino Unido (1988).
Ekbatani c. Suécia (1988).
Hauschildt c. Danemark (1989).
H. c. França (1989).

Bock c. Alemanha (1989).
Soering c. Reino Unido (1989).
Lamy c. Bélgica (1989).
Hakansson e Stureson c. Suécia (1990).
Kruslin c. França (1990).
Philis c. Grécia (1991).
Oberschilck c. Áustria (1991).
Jan Ake Anderson (1991).
Vernillo c. França (1991).
Philis c. Grécia (1991).
Loizidou c. Turquia (1991).
Borgers c. Bélgica (1991).
Edições Pariscope c. França (1992).
Giancarlo Lombardo c. Itália (1992).
Andersson c. Grécia (1992).
Boddaert c. Bélgica (1992).
Geouffre da La Pradelle c. França (1992).
Salesi c. Itália (1993).
Pellegrini c. França (1993).
Ruiz-Mateos c. Espanha (1993).
Schuler-Zraggen c. Suíça (1993).
Immobiliare Saffi c. Italy (1993).
Costello-Roberts c. Reino Unido (1994).
Muti c. Itália (1994).
Vereinigung c. Áustria (1994).
Van Der Hurk c. Holanda (1994).
Ruiz-Torij e Hito Balani c. Espanha (1994).
Schouten e Meldrun c. Países Baixos (1994).
Bendedoun c. França (1994).
Bulut c. Áustria (1995).
Tostoy Miloslav c. Reino Unido (1995).
Prager e Oberschlick c. Áustria (1995).

Procola c. Luxemburgo (1995).
Fischer c. Áustria (1995).
Bellet c. França (1995).
Stubblings c. Reúno Unido (1996)
Kataridis c. Grécia (1996).
Di Pepe e Johansen c. França (1996).
Levages Prestations Services c. França (1996).
Pullar c. Reino Unido (1996).
Panger c. Áustria (1997).
Niderost-Huber c. Suíça (1997).
Niderost-Huber c. Suíça (1997).
Montovanelli c. França (1997).
Pierre Bloch c. França (1997).
Hornsby c. Greece (1997).
Brualla Gómez de la Torre c. Agne (1997).
Szucz e Werner c. Áustria (1997).
Alt-Mouhoud c. França (1998).
Doustaly c. França (1998).
Allan Jacobson c. Suécia (1998).
PCU Turco c. Turquia (1998).
Couez c. França (1998).
Satonnet c. França (1998).
Brumarescu c. Romênia (1999).
Pellegrini c. França (1999).
Salgueiro da Silva c. Portugal (1999).
Garcia-Ruiz c. Espanha (1999).
Rekvenyl c. Hungria (1999).
Immobiliare Saffi c. Itália (1999).
Pelissier e Sassi c. França (1999).
Tomas Mota c. Portugal (1999).
Buscemi c. Itália (1999).
Piron c. França (2000).

Antonetto c. Itália (2000).

Menitto c. Itália (2000).

Delgado c. França (2000).

Klein c. Alemanha (2000).

Krcmar e al. c. Rep. Tcheca (2000).

Thlimenos c. Grécia. (2000)

Macgonnell c. Reino Unido (2000).

Antoneeto c. Italy (2000).

Miragal Escolano c. Espanha (2000).

Garcia-Manbardo c. Espanha (2000).

Bankovic e Outros c. Bélgica (2001).

Issa e Ors c. Turquia (2001).

Kreuz c. Polônia (2001).

Platakov c. Grécia (2001).

Tsikonis c. Grécia (2001).

Ferrazini c. Itália (2001).

Rodrigues Valim c. Espanha (2001).

Yazar, Karatas, Aksoy e o Partido do Trab. do Povo c. Turquia (2002).

Katsaros c. Grécia (2002).

Janosevic c. Suécia (2002).

Kutic c. Croácia (2002).

Sovtransauto Holding c. Ucrânia (2002).

Burdov c. Russia (2002).

Jasiúniene c. Lithuania (2003).

Assanidze c. Georgia (2004).

Pellegrino c. Itália (2004).

Caso Ilascu e Ors c. Moldova e Rússia Federation (2004).

Popov c. Moldova (2005).

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Opinião Consultiva OC-2/82.

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

Opinião Consultiva OC-5/85.

Opinião Consultiva OC-6/86.

Opinião Consultiva OC-8/87.

Opinião Consultiva OC-9/87.

Opinião Consultiva OC-11/90.

Opinião Consultiva nº 13/93

Opinião Consultiva nº 14/94.

Opinião Consultiva nº OC-16/99.

Opinião Consultiva OC-17/2002.

Opinião Consultiva OC-18/03.

Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras. (1987).

Caso Genie Lacayo c. Nicarágua (1997).

Caso Loayza Tamayo c. Perú (1997).

Caso Ivcher Bronstein c. Perú (1999).

Caso Ivcher Bronstein c. Peru. (2001).

Caso Tribunal Constitucional c. Perú. (2001).

Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros c. Trinidad y Tobago (2002).

Caso Cantos c. Argentina (2002).

Caso Baena Ricardo y Otros c. Panamá. (2003).

Caso “Cinco Pensionistas” c. Perú (2003).

Caso Myrna Mack Chang c. Guatemala (2003).

Caso Baena Ricardo e otros c. Panamá (2003).

Caso Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay (2005).

Caso Yatama c. Nicaragua (2005).

Caso Palamara Iribarne c. Chile (2005).

Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c. Perú (2006).

Caso Claude Reyes y otros c. Chile (2006).

Caso del Penal Miguel Castro c. Perú (2006).

Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay (2006).

Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça: A revelação jurisprudencial de um direito fundamental.

Caso del Penal Miguel Castro c. Peru (2006).

Caso Ximenes Lopes c. Brasil (2006).

Caso Massacre de Pueblo Bello c. Colômbia (2006).

Caso Albán Cornejo e Outros c. Equador (2007).

Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez c. Ecuador (2007).

Caso Salvador Chiriboga c. Ecuador (2008).

Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) c. Perú (2009).

Caso López Mendonza c. Venezuela (2011).

Caso Abrill Alosilla y Otros c. Perú (2011).

Sumário

Considerações introdutórias.....	07.
1. Acesso ao direito e à justiça civil como fenômeno sociojurídico em contínua construção.....	13.
1.1. Nos primórdios das sociedades.....	13.
1.2. Acessibilidade no período do sincretismo medieval.....	24.
1.3. Acessibilidade no Mundo dos Modernos.....	34.
1.4. A Reviravolta Contemporânea.....	43.
1.4.1. Sagração do acesso ao direito e à justiça como norma de direito fundamental nas ordens constitucionais contemporâneas.....	53.
1.4.2. Evolução do Modelo Luso-Brasileiro.....	57.
1.4.3. Consagração como norma de direito internacional e comunitário.....	62.
1.4.4. Novos modelos – novas molduras.....	79.
2. Revelação do acesso ao direito e à justiça nos sistemas jurídicos do ocidente.....	84.
2.1. Acesso ao direito e à justiça como aspiração comum.....	84.
2.2. Acesso ao direito e à justiça como princípio jurídico.....	86.
2.3. O acesso à justiça na concepção romano-germânica.....	92.
2.4. Acesso à justiça e o jurista da common law.....	94.
2.5. O acesso ao direito e à justiça como espécie normativa.....	99.
2.6. Consagração do acesso ao direito e à justiça como direito humano.....	104.
2.7. Acesso à justiça como direito social de acesso a uma ordem jurídica justa.....	107.
2.8. Acesso ao direito e à justiça como direito constitucional fundamental.....	113.
2.9. Acesso ao direito e à justiça como garantia e princípio processual.....	121.
3. Acesso ao Direito e à Justiça – Problema teórico no âmbito da administração da Justiça.....	130.
3.1. Acesso e concretização jurisdicional da Justiça.....	135.
3.2. O direito de acesso à justiça como produto do processo de interpretação/aplicação realizado pelos órgãos jurisdicionais.....	140.

3.3. O Direito de acesso à justiça revelado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Português.....	143.
3.4. O direito de acesso à justiça evidenciado na construção jurisprudencial da Suprema Corte Brasileira.....	149.
3.5. O direito de acesso à justiça delineado na jurisprudência do TEDH.....	159.
3.6. O direito de acesso à justiça cunhado na jurisprudência da CIDH.....	175.
4. Acesso ao direito e à justiça: problema prático na estabilização do Estado nacional contemporâneo.....	187.
4.1. A eficácia doméstica das normas convencionais que chancelam o direito de acesso à justiça como direito humano.....	188.
4.1.1. O paradigma lusitano e as peculiaridades europeias.....	188.
4.1.2. O complexo modelo brasileiro.....	191.
4.2. Expressão nacional da prerrogativa do acesso ao direito e à justiça.....	201.
4.2.1. A moldura constitucional do direito de acesso à justiça no Brasil.....	208.
4.2.2. A moldagem constitucional do direito de acesso à justiça em Portugal.....	209.
4.3. A incidência do direito fundamental de acesso à justiça nas relações privadas....	212.
4.4. As inconsistências na efetivação do acesso ao direito e à justiça nos Estados nacionais.....	217.
5. O Direito de acesso à justiça como garantia de um processo equitativo.....	225.
5.1. O processo como via de acesso ao direito e à justiça civil.....	228.
5.2. O acesso à concretização jurisdicional dos direitos civis.....	233.
5.3. O paradigma (Luso) Brasileiro de acesso à prestação da tutela jurisdicional Civil.....	241.
5.4. O direito de ação como expressão do direito de acesso à justiça.....	255.
5.5. As tutelas de salvaguarda do processo como mecanismos de efetivação do acesso à justiça.....	263.
5.6. A eficiência do processo como pressuposto de acessibilidade à justiça.....	273.
6. Os obstáculos ao acesso ao direito e à justiça e as possíveis vias de superação.....	278.
6.1. Inconsistências na concretização doméstica do direito de acesso à justiça.....	278.
6.2. Modelos idealizados para superar as limitações ao acesso ao direito e à justiça no plano doméstico.....	283.

6.3. Reformatação modernizadora dos sistemas nacionais de tutela dos direitos.....	287.
6.4. A questão da abundância de direitos.....	294.
6.5. O problema da superação da construção positivista.....	299.
6.6. A observância da duração razoável do processo como expressão do acesso à justiça.....	301.
6.7. A problemática da qualificação da tutela jurisdicional.....	307.
6.8. Os desafios impostos pelo instrumentalismo processual.....	308.
7. Acesso ao direito e à justiça supranacional.....	315.
7.1. A sistematização internacional do direito de acesso à justiça.....	315.
7.2. O direito individual de acesso à justiça supranacional.....	320.
7.3. O acesso à justiça como um direito de estrangeiros.....	325.
7.4. A edificação de novos paradigmas de acessibilidade a mecanismos de composição de conflitos civis no plano supranacional.....	327.
7.5. Formas de expressão do direito de acesso à justiça no plano regional.....	328.
7.6. Restrições ao direito de acesso à justiça supranacional.....	338.
8. A efetividade do direito de acesso às Cortes Internacionais.....	346.
8.1. Os paradigmas supranacionais de tutela jurisdicional	346.
8.2. Ritualística adotada no sistema interamericano.....	348.
8.3. Sistemática chancelada no âmbito da CEDH.....	356.
Argumentos conclusivos.....	371.
Resmo.....	379.
Résumé.....	380.
Resumen.....	381.
Abstract.....	382.
Referências Bibliográficas.....	383.
Referências Jurisprudenciais.....	459.